Das Gemeindetestament

in geschichtlicher Entwicklung unter besonderer Berücksichtigung einiger Fragen des modernen Rechts.

Inaugural-Dissertation

der

juristischen Fakultät

der

Friedrich-Alexanders-Universität zu Erlangen

vorgelegt von

Otto Homeyer
aus Berlin.
Kammergerichtsreferendar.

ACAD. LUGD. BAT. BIBL.

Approbiert am 5. Juni 1908.

BERLIN
Druck von Emil Ebering
Mittelstrasse 29
1908

16

Referent: Universitäts-Professor Dr. Binder.

Meinen Eltern

gewidmet.

Digitized by the Internet Archive
in 2026

https://archive.org/details/IA41542704_0044

Inhalt.

Seite

§ 1. Einleitung 9

I. Teil. Geschichtliche Entwicklung.

A) Römisches und gemeines Recht.

1) Allgemeiner Ueberblick.

§ 2. a) Quelle des Gesetzes 11

§ 3. b) Inhalt des Gesetzes 13

§ 4. 2) Streitfragen 16

§ 5. a) Der Kreis der Bevorrechtigten 17

§ 6. b) Die Art der Bevorrechtigung 21

§ 7. c) Die Beweislast 23

B) Preussisches Recht.

§ 8. 1) Vorgeschichte 25

2) Das „Dorftestament" des ALR.

§ 9. a) Das eigentliche Dorftestament 28

§ 10. α) Voraussetzung für die Zulässigkeit . . 29

§ 11. β) Die Urkundsbehörde 31

§ 12. γ) Die richterliche Konkurrenz 33

§ 13. b) Das magistratualische Testament 35

§ 14. C) Recht des Code civil 36

II. Teil. Das Gemeindetestament des BGB.

A) Allgemeiner Teil. Ueberblick über die gesetzlichen Bestimmungen des BGB.

§ 15. 1) Vorbemerkungen 39

§ 16. 2) Voraussetzungen 42

§ 17. 3) Urkundspersonen 44

§ 18. 4) Hergang der Testamenterrichtung 46

B) Spezieller Teil: einzelne wichtigere Streitfragen.

§ 19. 1. Die Form der Feststellung der Besorgnis alsbaldigen Ablebens des Erblassers 49

§ 20. 2) Der Zeitpunkt der Feststellung der Besorgnis . 53

§ 21. 3) Der Gemeindevorsteher und sein Stellvertreter. Fälle der Stellvertretung 58

Seite

§ 22. 4) Die Richtigkeit der Datierung 65
§ 23. 5) Die Bezeichnung der mitwirkenden Personen . 73
§ 24. 6) Die Stellung der Unterschriften der Mitwirkenden zu einander 75

III. Teil (Anhang). Kann eine als Protokollanlage zum Gemeindetestament überreichte Schrift ein eigenhändiges Testament darstellen?

A) Das Verhältnis vom öffentlichen zum eigenhändigen Testament.

§ 25. 1) Kann Konversion vorliegen? 79
§ 26. 2) Kann überhaupt ein öffentliches Testament als eigenhändiges aufrechterhalten werden? . . . 82
§ 27. a) Im Falle des Todes des Erblassers . . . 83
§ 28. b) Im Falle der Rückgabe des Testaments an den Erblasser. 83
§ 29. c) Im Falle des Erlöschens nach drei Monaten (§ 2252 BGB.) 85

3) Der Einfluss des Willens des Erblassers auf die Aufrechterhaltung des Testaments.

§ 30. a) Im allgemeinen 86
§ 31. b) Im Falle einer irrigen Erklärung des Erblassers 87

B) Die Erfordernisse des eigenhändigen Testaments (Fehlen der Unterschrift).

§ 32. 1) Die Stellung der Unterschrift 89
§ 33. 2) Ergänzung der Unterschrift aus dem Protokoll 91

Literaturverzeichnis.

Albanus, Das Nottestament und das Privattestament. 10. Aufl.

Anweisung der Preussischen Minister der Justiz und des Innern vom 23. Juni 1900 betr. die Errichtung von Testamenten vor den Gemeinde- oder Gutsvorstehern (Justiz-Min.-Bl. 1900 Beilage 32).

Anweisung für die zur Aufnahme von Nottestamenten bestellten besonderen Urkundspersonen vom 7. April 1904 (Justiz-Min.-Bl. 1904 S. 90—91).

Böhm, Das Erbrecht des BGB. 2. Aufl.

Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, Bd. 6.

Boschan, Aufsatz in der „Deutschen-Juristen-Zeitung" 1901.

Brettner, „Das öffentliche Testament und seine Vorzüge" im Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung, Bd. 3 S. 382.

Brock, Das eigenhändige Testament. 1900.

Cordes, Abhandlung in der „D. J. Z." 1906.

Cosack, Lehrbuch des Deutschen bürgerlichen Rechts. 4 Aufl. Bd. 2.

Cretschmar, Das Rheinische Civilrecht. 4. Aufl.

Dennler, Das Dorftestament. 1904.

Dernburg, Pandekten. Bd. 3, 6. Aufl.

— Lehrbuch des Preussischen Privatrechts. 4. Aufl. Bd. 3.

— Das bürgerliche Recht, Deutsches Erbrecht. 1905.

Emminghaus, Abhandlung im Archiv für die Civilistische Praxis Bd. 19 Nr. 9.

Endemann, Einführung in das Studium des bürgerlichen Rechts. 7. Aufl.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Civilsachen in versch. Bänden.

Entscheidungen des Reichsgerichts in Strafsachen in versch. Bänden.

Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit und des Grundbuchwesens. Zusammengestellt im Reichs-Justizamt.

Fischer-Henle, BGB. Handausgabe. 4. Aufl.

Förster-Eccius, Preussisches Privatrecht. 1894.

Fritz, Das testamentum ruri conditum in Deutschland in der Zeitschr. für Civilrecht und Praxis. Bd. 5 S. 22.
Frommhold, Das Erbrecht des BGB. 1900.
Gerstlacher, Handbuch der teutschen Reichsgesetze. 10. Teil. 1791.
Glück, Ausführliche Erläuterung der Pandekten nach Hellfeld, ein Kommentar. Fortgesetzt von Mühlenbruch. Teil 42. 1841.
Heilfron, Römische Rechtsgeschichte. 4. Aufl.
Hellmann, Abhandlung in der „Kritischen Vierteljahrsschrift". Bd. 39. S. 223.
Hölder, „Das eigenhändige Testament" in Jherings Jahrb. Bd. 41 S. 303.
Höpfner, Kommentar über die Heineccischen Institutionen.
Jastrow, Formularbuch und Notariatsrecht.
Johow-Künzel, Jahrbuch für Entscheidungen des Kammergerichts.
Josef, Gesetz über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbarkeit.
Koch, Allgemeines Landrecht. Bd 2.
Küntzel, Abhandlung bei Gruchot. Bd. 42 S. 601.
Kuhlenbeck, Das BGB. 2. Aufl.
Lauff, Abhandlung in der Zeitschr. des Deutschen Notarvereins. Bd. 1 S. 308.
Ledermann, Städteordnung. 1902.
Löffler, Abhandlung wie bei Lauff, S. 419.
Mantey, Abhandlung bei Gruchot. Bd. 43, S. 641.
Marezoll, Ueber das sog. testamentum rusticorum im Archiv für die Civilistische Praxis. Bd. 9 S. 297.
Märker, Die Nachlassbehandluug etc., herausgegeben von Koehne und Feist. 16. Aufl.
Marcus, Die Anweisung etc. vom 23. Juni 1900.
— Das deutsche Testament, insbesondere das Privat- und Nottestament. 3. Aufl. 1908.
Meischeider, Die letztwillige Verfügung nach dem BGB. 1900.
Motive zum Entwurf eines BGB. Bd. I und V.
Mugdan-Falkmann, Die Rechtsprechung der Oberlandesgerichte.
Oertel, Das Gemeindetestament. 1900.
Oertel, Städteordnung etc. vom 30. Mai 1853. 4. Aufl. 1905.
Peiser, Handbuch des Testamentsrechts.
Planck-Strohal, BGB. nebst Einführungsgesetz. 3. Aufl. 1908. Bd. 5 bearbeitet von Strohal.
Protokolle der Kommission für die 2. Lesung des BGB. Bd. 5.
Puchta, Rezension in Schunks Jahrbüchern d. jur. Literatur. Bd. 6 S. 1f.
Rabe, Sammlung Preussischer Gesetze. Bd. 8.

Rausnitz, Reichsgesetz über die Angelegenheiten d. freiw. Gerichtsbarkeit. 1900.
Roth, Abhandlung im „Recht". 1901. S. 557.
Salomon, Die Formerfordernisse des eigenh. Testaments. Leipz. Diss. 1904.
Scherer, Das Erbrecht des BGB. 1900.
Seuffert's Archiv für Entscheidungen der obersten Gerichte in den deutschen Staaten.
Sintenis, Das praktische Gemeine Civilrecht, 3. Aufl. Bd. III.
Sohm, Institutionen. 1899.
Staudinger, Kommentar zum BGB., 2. Aufl. 1905. Bd. 5 bearbeitet von Herzfelder.
Strohal, Das deutsche Erbrecht auf Grundlage des BGB. 3. Aufl.
Stryck, Dissertatio de testamento rusticorum. Frankf. 1684. (Vol. II Nr. 20).
Thibaut, System des Pandektenrechts. Teil 2.
Thümmel, Die Errichtung des letzten Willens nach Preussischem Recht. 1865.
Tränkner, „Die Form der Rechtsgeschäfte nach dem BGB." im Sächsischen Archiv. Bd. 7 S. 354.
Turnau, Justizverfassung in Preussen. 1882.
Wächter, Rezension in der (Tübinger) kritischen Zeitschr. f. Rechtswissenschaft. Bd. 2 S. 172.
Walter, Geschichte des Römischen Rechts bis auf Justinian. 2. Aufl. II. Teil.
Weissler, Das deutsche Nachlassverfahren. 1900.
v. Wening-Ingenheim, Lehrbuch des Gemeinen Civilrechts. Bd. 3.
Werner, Abhandlung wie bei Lauff, S. 420.
Wilke, BGB. nebst Einführungsgesetz mit Kommentar, Erbrecht. 1900.
Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pandektenrechts. Bd. III. 9. Aufl. 1906.
Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts. Bd. 4. 8. Aufl.

An Zeitschriften sind zitiert:

Deutsche Juristen-Zeitung.
Juristische Wochenschrift.
Juristische Monatsschrift für Posen, West- und Ost-Preussen und Pommern.
Zeitschrift des deutschen Notarvereins.
Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französisches Civilrecht, begründet von Puchelt.
Zeitschrift für Rechtspflege in Bayern.
Zentralblatt für freiw. Gerichtsbarkeit und Notariat sowie Zwangsversteigerung. Herausgegeben von Lobe.
„Recht".

Einleitung.

§ 1.

Zu den wichtigsten Aufgaben eines geordneten Rechtslebens gehört nicht nur der Schutz der Interessen lebender Personen, sondern auch die Sicherstellung und Durchführung des letzten Willens Verstorbener. Diese Aufgabe ist um so schwieriger, als der berufene Interpret dieses letzten Willens selbst nicht mehr befragt werden kann. Es ist daher von grösster Wichtigkeit für den Erblasser, seinen letzten Willen vor seinem Tode genau festlegen und sicherstellen zu können.

Diesem Bedürfnis ist schon in frühen Zeiten im römischen Rechte Rechnung getragen worden.[1] Man erkannte, dass eine förmliche Erklärung, die Testamentserrichtung,[2] am besten geeignet sei, den letzten Willen festzulegen und für die spätere Durchführung zu sichern, und umgab diesen Rechtsakt aus dem Bestreben nach möglichster Klar- und Sicherstellung heraus mit mannigfachen Formerfordernissen. So ist es auch bis auf den heutigen Tag geblieben: die Testamentserrichtung bedingt auch heute noch die Beobachtung vielfacher Formvorschriften für ihre Gültigkeit.[3]

Obgleich nun gerade beim Testament aus der Natur

1. Vgl. Sohm, Institutionen S. 516 f.

2. 12 Tafeln: uti legassit super pecunia . . . ita ius esto; — si intestatus moritur . . . agnatus proximus familiam habeto; vgl. Heilfron, Römische Rechtsgeschichte S. 108; Walter, Geschichte des Römischen Rechts, 2. Teil, S. 241 Nr. 596.

3. BGB. §§ 2229 ff.

der Sache heraus von formellen Erfordernissen nie ganz wird abgesehen werden können, so haben sich doch auch auf diesem Gebiete die Bedürfnisse des täglichen Lebens gebieterisch gegenüber dem Formalismus des Rechts geltend gemacht. Ausser den ordentlichen Errichtungsformen wurden privilegierte zugelassen, indem erkannt wurde, dass unter bestimmten ausserordentlichen Verhältnissen von den gewöhnlichen Formerfordernissen abgesehen werden müsse, falls nicht unbillige Erschwerungen oder gar ein Unmöglichwerden der Testamentserrichtung eintreten sollten.

Zu diesen privilegierten Formen gehörte das testamentum ruri conditum, das heute noch in der fortentwickelten Gestalt des Gemeindetestaments uns erhalten ist.

Zweck der Abhandlung soll es sein, eine kurze Darstellung der geschichtlichen Entwicklung dieses Rechtsinstituts zu geben und in Anknüpfung daran einige Streit- und Zweifelsfragen, die sich bei der heutigen Rechtslage ergeben haben, ausführlicher zu besprechen.

I. Teil.

Geschichtliche Entwicklung.

A) Römisches und gemeines Recht.

1) Allgemeiner Ueberblick.

a) Quelle des Gesetzes.

§ 2.

Das testamentum ruri conditum in seiner gemeinrechtlichen Entwicklung hat freilich heute nach Einführung des BGB. seine praktische Bedeutung, die es bisher noch in einzelnen Gebieten Deutschlands hatte, eingebüsst. Trotzdem ist es von Interesse, einmal aus den im jahrhundertelangen Kampfe der Meinungen gewonnenen Ergebnissen die Schlussfolgerungen zu ziehen und rückblickend den Werdegang dieses nunmehr historisch gewordenen Instituts des römischen und gemeinen Rechts zu überschauen.

Die Grundlage für die rechtliche Behandlung des testamentum ruri conditum ist die l. 31 C. de testamentis et quemadmodum testamenta ordinentur 6,23.[1]

---

1. l. 31 C. VI, 23: Et ab antiquis legibus et a diversis retro principibus semper rusticitati consultum est et in multis legum subtilitatibus stricta observatio eis remissa est, quod ex ipsis rerum invenimus documentis. Cum enim testamentorum ordinatio sub certa definitione legum instituta est, homines rustici et quibus non est literarum peritia quomodo possunt tantam legum subtilitatem custodire in ultimis suis voluntatibus? Ideo ad dei humanitatem respicientes duximus per hanc legem eorum simplicitati subvenire. 1. Sancimus itaque in omnibus quidem civitatibus et in castris orbis Romani, ubi et leges nostrae manifestae sunt et literarum viget scientia, omnia, quae etiam libris nostrorum digesto-

Es handelt sich aber keineswegs um eine gesetzgeberische Neuerung Justinians auf diesem Gebiete, sondern „alte Gewohnheiten", wie es an jener Stelle heisst, sollten nur gesetzlich sanktioniert werden.

Waren doch die Formvorschriften des justinian'schen Rechts, entstanden im Anschluss an die voraufgegangene Kaisergesetzgebung und den vom Prätor aufgestellten Testamentsbegriff,[2] wahrlich nicht immer leicht zu erfüllen, denn sieben gebetene, fähige[3] Testamentszeugen zusammenzufinden, mag an sich schon nicht ohne Schwierigkeiten gewesen sein. Sieben schreibenskundige aber gar für den Fall der schriftlichen Testamentserrichtung durch den Erblasser zu finden, wird bei dem damaligen Stande der Volksbildung, abgesehen von den Städten, sehr häufig zu den Unmöglichkeiten gehört haben.

Die Entstehung der privilegierten Testamentserrichtungsform auf dem Lande, wo obige Schwierigkeiten naturge-

---

rum seu institutionum et imperialibus sanctionibus notisque dispositionibus in condendis testamentis cauta sunt, observari nullamque ex praesenti lege fieri innovationionem. 2. In illis vero locis, in quibus ra inveniuntur homines literati, per praesentem legem rusticanis concedimus antiquam eorum consuetudinem legis vicem obtinere, ita tamen, ut, ubi scientes literas inventi fuerint, septem testes, quos ad testimonium convocari necesse est, adhibeantur et unusquisque pro sua persona subscribat. Ubi autem non inveniuntur literati, septem testes etiam sine scriptura testimonium adhibentes admitti. 3. Si autem in illa loco minime inventi fuerint septem testes, usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi iubemus; minus autem nullo modo concedimus. 4. Si vero unus, aut duo vel plures fuerint literati, liceat eis pro ignorantibus literas, praesentibus tamen, subscriptionem suam interponere, sic tamen, ut ipsi testes cognoscant testatoris voluntatem, et maxime quem vel quos heredes sibi relinquere voluerit, et hoc post mortem iurati deponant. 5. Quod igitur quisque rusticorum, sicut praedictum est, pro suis rebus disposuerit, hoc omni modo legum subtilitate remissa firmum validumque consistat.

2. Sohm, a. a. O., S. 522 Nr. III.

3. d. h. Zeugen, die sich im vollen Besitz der Vermögens- und Geschäftsfähigkeit befinden (vgl. Sohm, a. a. O., Anm. 9).

mäss am häufigsten waren, war somit durch die herrschenden Umstände direkt geboten und ist, wie die von Justinian erwähnte „antiqua consuetudo“ dartut, wohl schon in frühen Zeiten erfolgt. Genaueres über diese Gewohnheitsrechte wissen wir nicht. Sie mögen sich sehr häufig gebildet haben und örtlich sehr verschieden gewesen sein.[4]

Justinian, ausgehend von der Erwägung, dass die „rusticitas“ schon in alten Gesetzen und von Herrschern früherer Zeiten berücksichtigt worden ist,[5] bestätigt[6] nunmehr das bestehende ländliche Gewohnheitsrecht.

b) Inhalt des Gesetzes.

§ 3.

Das testamentum ruri conditum des römischen und gemeinen Rechts gehört im Gegensatz zu den entsprechenden Rechtseinrichtungen des preussischen und modernen deutschen Rechts hinsichtlich seiner Errichtungsform zu den Privattestamenten.

Um die für die Testamentserrichtung auf dem Lande gewährten Erleichterungen besser würdigen zu können, sei hier kurz an die ordentliche Form des Privattestaments, das vom Prätor geschaffen, von Theodosius II. 439 n. Chr. reorganisiert[1] und von Justinian fortentwickelt worden ist,[2] erinnert.

---

4. vgl. Marezoll im „Archiv für die Civilistische Praxis“ Bd. 9 S. 305.

5. l. 31 pr. C. eod.

6. Fritz in [Lindes] „Zeitschrift für Civilrecht und Praxis“, Bd. 5 S. 23 § 2.

1. Nov. Theodosii II tit. XVI c. 2; Dernburg, Pandekten, Bd. III S. 130|131.

2. Inst. de testamentis ordinandis 2, 10; Dig. qui testamenta facere possunt 28, 1; Cod. de testamentis 6, 23.

Es gab zwei Formen: die schriftliche und die mündliche (testamentum nuncupativum). Erforderlich für die Errichtung waren 7 Zeugen, die testes idonei, rogati, voluntarii sein mussten. Mündlich erfolgte die Errichtung durch Mitteilung an die Zeugen, schriftlich durch die Erklärung des Erblassers, dass eine von ihm den Zeugen vorgezeigte Urkunde sein Testament sei, worauf der Erblasser und die Zeugen diese Urkunde unterschrieben und sie unter Beifügung ihrer Namen versiegelten.

Von diesen Formerfordernissen gewährte nun Justinian bestimmten Bevölkerungskreisen Erleichterungen. Welche Personen aber der Erleichterungen teilhaftig werden sollten und welchen Umfang diese gehabt haben, ist eine höchst bestrittene Sache. Grade diese Konstitution Justinians ist ihrer unbestimmten Fassung wegen von jeher Gegenstand lebhaftester Kontroversen gewesen.[3]

Zunächst sei daher einmal im engsten Anschluss an die Quellenstelle des Kodex wiedergegeben, was diese besagt:

Beim Testiren von „Landleuten“[4] an Orten, die nur spärlich bewohnt sind, namentlich auch von schreibenskundigen Leuten, sollen zwar, wenn angängig, wie gewöhnlich, 7 Zeugen hinzugezogen werden, von denen jeder für seine Person zu unterschreiben hat. Können keine schreibenskundigen Zeugen gefunden werden, so sollen 7 andere genommen werden, die nicht zu unterschreiben brauchen. Finden sich nicht 7 Zeugen, so kann bis auf 5 hintuntergegangen werden. Weniger sind nie erlaubt. Kann einer oder der andere Zeuge schreiben, so darf er für die schreibensunkundigen in deren Gegenwart mitunterzeichnen. Die

3. vgl. Marezoll, a. a. O., S. 297; Mühlenbruch bei Glück, Teil 42, S. 245; Sintenis, Das praktische gemeine Civilrecht, Bd. 3 § 170 Anm. 15.

4. Was hierunter zu verstehen ist, soll nachstehend dargelegt werden.

Zeugen müssen aber mit dem letzten Willen des Erblassers und namentlich mit der Person des Erben bekannt gemacht werden und haben sich hierüber nach dem Tode des Erblassers eidlich zu erklären.[5]

An sich sollen also auch Landleute an die gewöhnliche Form der Testamentserrichtung gebunden sein. Nur wenn diese infolge eines Notstandes nicht angängig ist, tritt die privilegierte Errichtungsform in Kraft, doch müssen immer mindestens 5 Zeugen bei der Errichtung vorhanden sein. Sind mehr zu haben, so sind sie zuzuziehen. Die Zeugen brauchen nur insoweit, als sie schreibenskundig sind, das Testament zu unterzeichnen. Für die Schreibensunkundigen können die Schreibenskundigen in deren Gegenwart unterzeichnen,nachdem jene vom Testamentsinhalt und namentlich dem eingesetzten Erben Kenntnis erhalten haben.[6]

Das ist der gesamte Inhalt der Konstitution. Abzulehnen ist mit Sintenis,[7] Mühlenbruch-Glück,[8] Puchta,[9] Stryck,[10] Wächter[11] und Fritz[12] gegen Marezoll,[13] dass etwa nun neben dem von Justinian bestätigten Gewohnheits- und nunmehrigen Gesetzesrechte die „antiqua consuetudo", von der in der Konstitution die Rede ist, noch fortbestehen bleiben sollte, dass also gesetzliche und gewohnheitsrechtliche Formen nebeneinander bestehen bleiben sollten. Es sollte grade, wie Sintenis und Mühlenbruch sehr treffend ausführen, das Gewohnheitsrecht durch die Konstitution fixiert werden. Ein Nebeneinanderbestehen beider Formen würde auch zu un-

---

5. vgl. Sintenis, a. a. O., S. 371.
6. vgl. Mühlenbruch bei Glück, a. a. O., S. 246; Windscheid-Kipp, Lehrbuch des Pand.-Rechts, Bd. 3 S. 228 § 544 Nr. 3.
7. a. a. O., § 170 Anm. 15 zu 1.
8. a. a. O., S. 248.
9. Rezension in Schunks Jahrbüchern der jur. Literatur Bd. 6 S. 3|4.
10. Stryck, Diss. de test. rustic. cap. III Nr. 5 f.
11. Rezension in der Tübinger kritischen Zeitschr. Bd. 2 S. 172.
12. a. a. O., S. 32.
13. a. a. O., S. 305.

lösbaren Widersprüchen führen, und die angestrebte Erleichterung in der Form der Errichtung grade in das Gegenteil abwandeln (vgl. Sintenis, Mühlenbruch, Stryck a. a. O.; a. M. Emminghaus[14]).

Andrerseits darf man auch über den von der Konstitution selbst gesteckten Rahmen der Erleichterungen nicht hinausgehen. Sinngemäss ist doch nur die Erwägung, dass Justinian gewisse Erleichterungen gewähren wollte. Diese zählt er auch auf; von weiten Formerfordernissen darf aber nicht abegsehen werden: Einheit der Handlung, Besieglung oder Untersieglung, Unterschrift des Erblassers oder eines besonderen Zeugen für denselben werden bei dieser Errichtungsform so gut, wie bei der ordentlichen Form erfordert.[15]

Hält man hieran fest, so löst sich ohne weiteres die Frage, ob die sämtlichen Zeugen den Testamentsinhalt erfahren müssen, oder nur diejenigen, die nicht schreiben können. Bei der Einheit der Handlung erfuhren den Inhalt eben notwendig alle Zeugen; ein weiterer Streit über diese Frage erscheint daher müssig.[16]

2) Streitfragen.

§ 4

Um drei Hauptpunkte hat ein hartnäckiger Kampf getobt: wer kann sich der Form des testamentum ruri conditum bedienen; waren die Erleichterungen nur für die schriftliche oder auch für die mündliche Errichtungsform

---

14. Im „Archiv für die Civ. Praxis," Bd. 19 Nr. 9, der für die Geltung partikularen Rechtes eintritt und das an Beispielen aus den Sachsen-Ernestinischen Ländern zu erweisen sucht.

15. vgl. Mühlenbruch, a. a. O., S. 251; Sintenis, a. a. O., zu 2.

16. vgl. Mühlenbruch S. 254.

gegeben, und endlich, wen trifft die Beweislast dafür, dass so, wie testiert ist, auch nur testiert werden konnte?

Wie ersichtlich, sind es gerade die wesentlichsten Punkte, die Justinians Konstitution im Dunkeln gelassen hat. Wir wollen sehen, wie weit es der Wissenschaft geglückt ist, dieses Dunkel zu erhellen.

a) Der Kreis der Bevorrechtigten.

§ 5.

Betrachtet man die Konstitution Justinians, so erscheint es auf den ersten Blick so, als ob sich hier eine gesetzliche Bestimmung für einen bestimmten Berufsstand ankündige. Wird doch ausdrücklich die „rusticitas" hervorgehoben und weiterhin von „homines rustici et quibus non est literarum peritia" und deren „simplicitas" gesprochen.

Scheinbar[1] war also in dieser Konstitution eine Formerleichterung bei der Testamentserrichtung für den Bauernstand enthalten und auf diesen Stand beschränkt, wie es auch Thibaut[2] annimmt.

Diese Annahme erscheint jedoch verfehlt, wenn man auf die ratio legis zurückgeht.

Diese ist nicht in der rusticitas und simplicitas zu suchen, die zwar eingangs von Justinian in seiner Konstitution zur Begründung herangezogen, alsbald aber wieder spurlos fallen gelassen werden,[3] sondern in der Schwierigkeit zu erblicken, stets 7 Testamentszeugen beschaffen zu können.[4 5]

1. vgl. Sintenis, a. a. O., S. 372 in der Anm. zu 6.
2. System des Pand.-Rechts, Teil 2 S. 710; vgl. ferner die bei Mühlenbruch § 260 Anm. 37 Genannten.
3. vgl. Mühlenbruch § 258.
4. l. 31, 2 Cod. a. a. O.
5. Mühlenbruch a. a. O.; Sintenis a. a. O.

Hierin liegt der besondere Notstand auf dem Lande, dem Justinian dauernd abhelfen wollte.

Diese Schwierigkeit besteht aber für alle auf dem Lande Lebenden, gleichviel, ob es sich um hochgebildete Personen handelt oder um den unwissendsten Bauern. Ja man muss sogar noch weiter gehen und den Notstand auch für solche Personen anerkennen, die zwar nicht dauernd auf dem Lande ihren Wohnsitz haben, sich dort aber aus irgend welchen Gründen zeitweilig aufhalten. Auch sie haben, falls sie gelegentlich ihres Aufenthalts auf dem Lande ihr Testament errichten wollen oder wegen eines plötzlich eintretenden Umstandes, etwa eines Unfalles, testieren müssen, zum mindesten mit denselben Schwierigkeiten bei der Zeugenbeschaffung zu kämpfen wie die dauernd auf dem Lande Lebenden.

Hieraus ist denn auch die Zulässigkeit der privilegierten Testamentserrichtungsform auf dem Lande für alle dort befindlichen Personen gefolgert worden, gleichviel, ob es sich um dauernd dort ansässige oder nur sich zeitweilig dort aufhaltende Personen handelt, meistens jedoch mit der Einschränkung für diese letzte Kategorie von Testierenden, dass bei ihnen ein weiterer Notstand, etwa eine plötzliche, schwere Erkrankung oder ein Unglücksfall, hinzutreten muss, wodurch die sofortige Testamentserrichtung in der privilegierten Form gerechtfertigt wird.[6] Aber auch diese Einschränkung ist von einigen Autoren fallen gelassen worden,[7] die also lediglich in dem Aufenthaltsort das entscheidende Merkmal für die Zulässigkeit der Testamentserrichtung in privilegierter Form sehen. Es ist nicht zu leugnen, dass diese Ansicht den Vorzug hat, den Kreis der Berechtigten möglichst klar zu umreissen. Sie ist indessen vollständig fallen ge-

6. So: v. Wening-Ingenheim in seinem Lehrbuch des gem. Civilrechts Bd. 3 § 485; Höpfner, Institutionen Kommentar § 462 Nr. 1; scheinbar auch Windscheid-Kipp, a. a. O., S. 228 Anm. 8.

7. vgl. die bei Mühlenbruch S. 259 Anm. 31 Genannten.

lassen worden, da sie dem Willen des Gesetzgebers nicht gerecht wird, der offenbar dahin ging, zwar einen Notstand zu beseitigen, nicht aber jedem, dem es gefällt, sich auf das Land hinaus zu begeben und dort ein Testament zu errichten, eine Formerleichterung zuzugestehen. Dem widerspricht zur Genüge die wiederholte Erwähnung der rusticani bezw. homines rusticani in unserer Konstitution, ein Begriff, der keinesfalls einer so umfassenden Auslegung fähig ist.[8].

Nicht lediglich der Aufenthalt ist das entscheidende Merkmal für die Erleichterung, sondern der dauernde Aufenthalt auf dem Lande. Allen denen, die dieser Anforderung gerecht werden, also Angehörige der gebildeten Stände ebensogut als Bauern,[9] kommt die Erleichterung zu gute.

Dass andrerseits der Begriff „rusticani" so weit gefasst werden muss, wie es hier geschehen ist, tut eine Stelle in den Novellen dar, die sich gerade auf Testamente bezieht.[10] Dort heisst es in der Nov. 73 c. 9: „Haec autem omnia teneri in civitatibus volumus. Nam in agris (ubi multa simplicia est, et neque scribentium aut testium multorum copia est), quae hactenus apud eos valuerunt, et tunc sint etiam firma." Aus dieser Gegenüberstellung von Testamenten, „quae in civitatibus" und „in agris" fiunt, geht deutlich der Wille Justinians hervor, nicht den Bauernstand, sondern den dauernden Aufenthalt auf dem Lande zum entscheidenden Merkmal für die Erleichterung bei der Testamentserrichtung zu machen.[11]

Diese Entscheidung unserer Streitfrage gilt nicht nur hinsichtlich des römischen Rechts, sondern auch für die

---

8. vgl. Mühlenbruch S. 258|259.

9. So schon Stryck, a. a. O., cap. 2 § 22 f.; ferner Marezoll, a. a. O., S. 298 § 2; Mühlenbruch S. 259|260; Fritz S. 23 Anm. 1.

10. Marezoll S. 301.

11. vgl. hierzu Marezoll S. 301; Mühlenbruch S. 259.

12. Reichs-Not.-Ordnung von 1512 bei Gerstlacher, Handbuch der

Weiterentwicklung des Instituts im gemeinen Recht, wie sie durch die auf dem Reichstage zu Köln 1512 aufgerichtete Reichts-Notariats-Ordnung des Kaisers Maximilian I erfolgt ist.[12]

Auf die Reichs-Notariats-Ordnung wird bei Besprechung der zweiten Streitfrage noch näher einzugehen sein. Hinsichtlich des hier in Frage stehenden Streitpunktes, welche Personen privilegiert sind, ist nur die Stelle von Belang, welche lautet: „. . . item, und auf dem Gau, wo Bauerleute Testament machten. . .“ Hierin ist aber nur die Verweisung auf die „rustici“ des römischen Rechtes zu sehen, nicht etwa eine Einschränkung auf Bauern im besonderen.[13]

Teutschen Reichsgesetze, 10. Teil. Die fragliche Bestimmung, soweit sie hier interessiert, lautet: I. Titel. Von Testamenten. § 1. Es sollen auch die Notarien Sorg und Fleiss tragen, in Beschreibung der Testamenten und letzten Willen, in Ansehung des grossen Nachtheils, so andern daraus entstehen mag. Dann nach kaiserlichen Rechten und Gesetzen so sind zweyerley Testament: Das eine, das in Schriften geschicht, oder durch Mittel einer Schrift, die beschlossen oder zugemacht ist. Das andere das gemeiner ist, das man allein durch mündliche Erklärung, ohne Schrift oder unschriftliche Solennität aufzurichten pflegt, und darum nuncupativum gemeinlich, das ist ein ausgesprochen Testament, genannt wird, und zu seinem Wesen und Substanz keine Schrift bedarf. . . . § 2. Und sollen die Notarien Aufmerkung haben, dass nach kaiserlichen Rechten zur Aufrichtung aller oder jeder jetzt erzehlten Testamenten, aufs minst sieben Zeugen nötig sind, zu denen der Notarius auch gezählt wird: aber in Codicillen . . . oder in Uebergaben, so von Todes wegen geschehen: item, und auf dem Gau, wo Bauerleute Testament machten, und mehr Zeugen nicht zu bekommen wären, aufs minst fünf Zeugen usw.

13. vgl. Mühlenbruch S. 260 und Marezoll S. 304 Nr. 6, der darauf hinweist, dass das römischrechtliche testamentum militare durch die Not.-Ordnung durchaus nicht auf „Ritter“ beschränkt worden ist, von denen sie allein spricht, was konsequenter Weise hätte geschehen müssen, wenn die Bezeichnung „Bauerleute“ einen engeren Sinn wie im römischen Recht hätte haben sollen.

b) Die Art der Bevorrechtigung.

§ 6

Ebenso streitig, wie der Kreis der Personen, denen Justinians Privileg zugute kommen sollte, ist die Art der Bevorrechtigung, die er gewähren wollte: Sollte die privilegierte Form der Testamentserrichtung nur für die Schriftform gelten und beschränkte sie sogar die Testamentserrichtung auf dem Lande auf diese, oder sollte neben der schriftlichen Testamentserrichtung auch die mündliche in Geltung bleiben und für beide die Erleichterung gelten?

Die Konstitution spricht zwar selbst nirgends vom mündlichen Testament[1], sondern nur vom schriftlichen, woraus die Unzulässigkeit der mündlichen privilegierten Errichtungsform gefolgert worden ist[2]. Jedoch hat diese Ansicht wenig Beifall gefunden. Schon Stryck[3] erklärt sich gegen die Beschränkung und ihm folgen die Erklärer unserer Stelle in neuerer Zeit fast ausnahmslos. So sagt Sintenis:[4] „Die Fassung der Konstitution rechtfertigt die Annahme vollkommen, dass auch mündliche Testamente vor 5 Zeugen errichtet werden können." Seine Ansicht teilen Marezoll und Mühlenbruch.[5]

Es wäre auch kein Grund einzusehen, warum Justinian die bequemste Art der Testamentserrichtung, die mündliche, auf dem Lande hätte ausschliessen und somit den Landbewohnern zwar eine Erleichterung bei der schriftlichen Testamentserrichtung, daneben aber die grosse Erschwerung durch das Verbot der mündlichen Testamentserrichtung hätte bringen wollen. Auch spricht die Stelle

---

1. Marezoll S. 310.
2. v. Wening-Ingenheim, a. a. O.; Fritz a. a. O. S. 26, dieser jedoch nur für das römische nicht auch das gemeine Recht, vgl. unten.
3. a. a. O., cap. 3 § 29.
4. a. a. O., S. 372 Anm. bei 3.
5. a. a. O., S. 310 bezw. 252.

der Konstitution selbst: „usque ad quinque modis omnibus testes adhiberi sancimus“ gegen diese Annahme.

Muss daher schon für das römische Recht die Zulässigkeit der mündlichen Testamentserrichtung vor 5 Zeugen für gegeben erachtet werden, so liegt für das gemeine Recht ausserdem die authentische Interpretation der Konstitution durch die R.-N.-Ordnung vor, die keinen Zweifel an der Zulässigkeit lässt.

Dort heisst es in Titel I, § 1 zunächst[6], dass es nach kaiserlichem Rechte zwei Arten von Testamenten gibt, schriftliche und mündliche. Im Hinblick auf beide Testamentsarten werden dann im § 2 die Formerfordernisse aufgeführt, die der Notar zu beachten hat, ohne dass dabei für das mündliche oder schriftliche Testament Besonderheiten hervorgehoben wären. Wenn im § 2 also für Bauerleute, die „auf dem Gau“ Testament machen, nur fünf Zeugen erfordert werden, so gilt dies gleichmässig für die schriftliche wie für die mündliche Testamentserrichtung[7].

Diese Ansicht teilte auch die Rechtsprechung, wie ein Erkenntnis des Ober-Appellationsgerichts Celle bei Seufert[8] ergibt, das die Erfordernisse des schriftlichen testamentum ruri conditum hervorhebt und damit auch für das Bestehen der mündlichen Form zeugt.

Viel umstritten worden ist auch die Frage, ob ein mündliches oder schriftliches Testament vorliegt, wenn der Erblasser seinen letzten Willen schriftlich aufgezeichnet hatte, und es sich dann hinterher herausstellte, dass einige oder alle Zeugen des Schreibens unkundig waren, worauf der Testamentsinhalt den Zeugen bekannt gegeben werden musste. Ich möchte mich für den Fall, dass alle Zeugen des Schreibens unkundig waren, der von Fritz vertretenen Anschauung

---

6. vgl. vorstehenden Text.

7. vgl. Fritz, a. a. O., S. 26; Mühlenbruch S. 253|254.

8. Archiv für die Entscheidungen der obersten Gerichte in den Deutschen Staaten, Bd. 8 Nr. 62.

anschliessen[9], wonach ein solches Testament als mündliches anzusehen ist[10]. Denn die Form des mündlichen Testaments allein erfüllt es völlig, als schriftliches Testament kann es infolge des Mangels der Unterschriften der Zeugen nie angesehen werden. Wenn neben die gehörig erfüllte mündliche Form noch eine schriftliche Aufzeichnung tritt, so ist diese nach dem Grundsatze zu behandeln „superflua non nocent"; sie ist überflüssig aber unschädlich.

Ist dagegen auch nur ein Zeuge des Schreibens kundig gewesen und hat unterschrieben, so liegt ein schriftliches Testament vor, denn es ist ja gerade bei dieser Testamentsform das Privileg gewährt, dass ein schreibendskundiger Zeuge gegebenenfalls für die anderen schreibunkundigen unterzeichnen darf, d. h. also, dass die von ihm für die schreibensunkundigen Zeugen abgegebenen Unterschriften durchaus die Stelle eigenhändiger dieser Zeugen einnehmen, womit der Schriftform voll genügt ist[11].

Erheblicher praktischer Wert wird mit Sintenis[12] diesem Streite wohl überhaupt niemals beizumessen gewesen sein. Er sei hier auch nur der Vollständigkeit wegen erwähnt.

c) Die Beweislast.

§ 7

Der dritte Hauptstreitpunkt betraf die Frage nach der Beweislast. Es fragte sich nämlich, ob der Erbe, der ein in der Form des testamentum rure conditum verfasstes Testament geltend macht, zu beweisen hat, dass der Erblasser nicht 7 schreibenskundige Zeugen zur Stelle zu schaffen vermocht hat, oder ob derjenige, der das Testament anficht,

---

9. a. a. O., S. 30.31 § 5.
10. A. M. Marezoll, a. a. O., S. 312.
11. Vgl. Mühlenbruch, S. 255/256.
12. a. a. O., S. 372 in der Anm. zu 5.

seinerseits darzutun hat, dass der Erblasser sehr wohl in ordentlicher Form hätte testieren können.

Es handelt sich in jedem Falle um einen recht schwierigen Beweis. Eine Uebereinstimmung der Ansichten hinsichtlich der beweispflichtigen Partei ist nicht erzielt worden.

Zwar neigt scheinbar der grössere Teil der Autoren, die sich mit dieser Frage befasst haben, zu der Ansicht, dass dem Testamentserben, der ein solches Testament geltend mache, auch der Beweis für das Vorliegen der tatsächlichen Voraussetzungen zufalle. So sagt Sintenis[1]: „Es handelt sich hier um tatsächliche Voraussetzungen für die Ausübung eines besonderen Rechts, d. i. die Unterlassung von Formen für das Geschäft der Testamentserrichtung, welche zutreffen müssen, um sie als gerechtfertigt erscheinen zu lassen, von denen ich nicht weiss, durch welche Vermutung sie ohne weiteres ersetzt werden könnten." Er vergleicht dann weiter die Beweislast im vorliegenden Falle mit der im Falle des Soldatentestaments und erachtet sie in beiden Fällen für die gleiche, indem er den Beweis in Anbetracht des Umstandes, dass er durch die Testamentszeugen geführt werden kann, dass ferner dem richterlichen Ermessen bei Beurteilung der Verhältnisse freier Spielraum gelassen ist, für nicht schwieriger als beim Soldatentestament hält. Seine Ansicht teilen u. a. Marezoll,[2] Wächter,[3] Emminghaus,[4] Windscheid-Kipp.[5]

Trotzdem scheint mir diese Ansicht nicht zuzutreffen. Denn nach der Konstitution Justinians und besonders nach ihrer authentischen Interpretation durch die R.-N.-Ordnung ist die rechtliche Lage für Testamentserrichtungen auf dem Lande die, dass 5 Zeugen für die Testamentserrich-

1. a. a. O., in der Anm. zu 7.
2. a. a. O., S. 314 § 5.
3. a. a. O., vgl. oben.
4. a. a. O., vgl. oben.
5. a. a. O., S. 228, Anm. 8 am Ende.

tung genügen sollen. Das ist die grundsätzliche Bestimmung, die Regel. Von ihr muss abgewichen werden, falls die ordentliche Errichtungsform möglich ist. Das ist die Ausnahme. Mithin muss derjenige, der sich auf die Ausnahme beruft, der also ein in rustikaler Form errichtetes Testament nicht gelten lassen will, diese Ausnahme beweisen. Diese Ansicht verficht schon Stryck[6] und ihm folgt Mühlenbruch[7].

Aehnlich hat der Kassations- und Revisionshof in Berlin in einem Erkenntnis bei Seufert[8] entschieden, der zwar davon ausgeht, dass die C. 31 Cod. an sich dem Testamentserben den fast unmöglichen Beweis auflegt, dass aber die Unmöglichkeit der Beschaffung von 7 schreibenskundigen Zeugen bei einem auf dem Lande errichteten Testamente bis zum Beweise des Gegenteils angenommen werden muss. Trotz des von Stryck und Mühlenbruch abweichenden Ausgangspunktes kommt hier die Praxis zu demselben Ergebnis wie die Wissenschaft in den beiden genannten Autoren, indem schliesslich die Beweislast doch dem Gegner des Testamentserben zufällt. Mir scheint, als ob damit die beste und zutreffendste Lösung dieser zweifellos schwierigen Frage nach der Beweislast gefunden worden ist.

B) Preussisches Recht.

1) Vorgeschichte.

§ 8.

Wenden wir uns nunmehr dem preussischen Rechte zu. Damit betreten wir einen ganz anderen Boden, wie die nachstehenden Ausführungen zeigen werden.

---

6. a. a. O., cap. 3 Nr. 9 f.
7. a. a. O., S. 261.
8. a. a. O., Bd. 2 Nr. 203.

Im römischen und gemeinen Rechte war die Grundform des Testaments das Privattestament. Nur als Nebenformen gab es öffentlich errichtete Testamente: das durch Uebergabe an den Regenten vollzogene und das zu gerichtlichem Protokoll erklärte Testament (l. 19 Cod. de testamentis VI, 23)[1].

In Deutschland vollzog sich in der Wertung dieser beiden Testamentsformen ein völliger Wechsel.

Die Testamentserrichtung war hier im älteren deutschen Rechte unbekannt[2]. Erst mit der Rezeption des römischen Rechtes fand das Testament Eingang in Deutschland. Das römische Recht erfuhr auf diesem Gebiete, wie schon erwähnt, durch die Reichs-Not.-Ordnung von 1512 eine Interpretation und teilweise Umgestaltung. Trotzdem scheint sich die regelmässige Errichtungsform des Privattestaments vor 7 Zeugen nie recht eingebürgert zu haben. Es entstanden vielmehr in dieser Hinsicht höchst verworrene Zustände, die in den meisten deutschen Territorien allmählich zur Einführung des gerichtlichen, d. h. also des öffentlichen Testaments führten[3].

Gebührte im römischen und gemeinen Rechte dem Privattestament unbedingt der Vorrang, so wurde in überwiegenden Teilen Deutschlands die öffentliche Errichtungsform die herrschende und hat sich bis in die neueste Zeit siegreich behauptet, bis durch das BGB. das eigenhändige, privatschriftliche Testament (§ 2231 Nr. 2 das.) neben dem öffentlichen Testamente zur rechtlichen Anerkennung gelangt ist.

In der Mark Brandenburg wurde durch die Landesordnung Johann Georgs für die Kurmark von 1594 die statutarisch häufig genügende Zuziehung einer gewissen Anzahl Zeugen noch für zulässig erklärt (C. C. M. Bd. VI. Abt. 3

---

1. Vgl. Dernburg, Preussisches Privatrecht, Bd. 3 S. 327.

2. Tacitus, Germania, cap. 21: heredes . . . successoresque cuique liberi et nullum testamentum.

3. vgl. Dernburg, a. a. O., S. 327.

S. 120). Dahingegen wurde durch die Konstitution Friedrich Wilhelms I. vom 3. September 1718 für die Testamentserrichtung die gerichtliche Form unbedingt vorgeschrieben und nur auf Dörfern die Errichtung vor Notar und 2 bezw. bei nicht eigenhändigen Urkunden 3 Zeugen in Ermangelung gegenwärtiger Gerichtsobrigkeit zugelassen (C. C. M. Teil II., Abt. I., S. 718)[4]. In dieser letzten Bestimmung haben wir schon einen Vorläufer des späteren Dorftestaments des ALR. zu erblicken.

Nach wiederholtem Schwanken von dem Erfordernis gerichtlicher Testamentserrichtung kam der Projectus corporis iuris Fridericiani auf die Notwendigkeit der gerichtlichen Errichtungsform zurück und auch das ALR. hielt hieran unbedingt fest.[5]

Zwar liess es unter bestimmten Voraussetzungen, die später zu erörtern sind, Testamente vor Dorfgerichten und Magistraten kleiner Städte zu. Hierin liegt jedoch im Gegensatze zum testamentum ruri conditum Justinians, das eine privilegierte Errichtungsform darstellte, durchaus kein Privilegium; auch die in dieser Form errichteten Testamente sind gerichtliche[6].

Betrachtet man diesen Entwicklungsgang der Testamentserrichtungsformen im preussischen Rechte, so wird man Dernburg darin völlig recht geben müssen[7] [8], dass zwischen dem testamentum ruri conditum des römischen und gemeinen Rechts und dem Dorftestament des preussischen Rechts kein innerer Zusammenhang besteht. Sie sind wesentlich von einander verschieden.

---

4. Vgl. Dernburg S. 328/329.

5. Vgl. Dernburg a. a. O.

6. Bornemann, Systematische Darstellung des Preussischen Civilrechts, Bd. 6 S. 37; Entscheid. des R. G. Bd. 22 S. 301.

7. a. a. O., S. 346.

8. Vgl. auch Förster-Eccius, preussisches Privatrecht, Bd 4 S. 377 Anm. 69.

Das Bindeglied zwischen beiden stellt lediglich das dringende Erfordernis einer erleichterten Errichtungsform auf dem Lande dar, das sich ebenso gebieterisch in den Zeiten Justinians wie denen Friedrichs des Grossen und seiner Nachfolger geltend machte und durchzusetzen wusste.

Dagegen leitet der preussische Rechtszustand hinsichtlich des Dorftestaments unmittelbar zum heute geltenden Gemeindetestament über. Beide gehören zur öffentlichen Errichtungsform und weisen auch innerlich manchen Zusammenhang auf, wie sich aus der nachfolgenden Darstellung ergeben wird.

2) Das „Dorftestament" des ALR.

a) Das eigentliche Dorftestament.

§ 9.

Die Dorfgerichte als anerkannte Behörden mit bestimmtem Sitz[1] waren in Preussen seit langem mit der Wahrnehmung einfacher richterlicher Geschäfte betraut gewesen[2]. Eine ihrer wichtigsten Obliegenheiten auf diesem Gebiete bestand in der Zulässigkeit der Testamentsauf- bezw. -annahme durch sie,[3] die ihnen durch das ALR. zugewiesen worden war. Dort heisst es § 93 I, 12: „Dorfgerichte, die aus einem Schulzen und zwei vereideten Schöppen bestehen, können, unter Zuziehung eines vereideten Gerichtsschreibers, Testamente und Codicille gültig an- und aufnehmen, wenn dergestalt Gefahr im Vorzuge vorhanden ist, dass

1. ALR. II, 7 §§ 79—86.

2. ALR., a. a. O., § 82; vgl. ferner hierzu die „Revidierte Instruktion für die Dorfgerichte" etc. vom 11. Mai 1854 (J. M. Bl. S. 206 f.), insbesondere § 10 daselbst.

3. a. a. O., § 28.

die Herbeikunft des ordentlichen Gerichtshalters nicht abgewartet werden kann.“[4]

α) Voraussetzung für die Zulässigkeit.

§ 10.

Im Gegensatz zum römischen und gemeinen Rechte, wo, wie bereits dargelegt, die Form des testamentum ruri conditum nur solchen Personen zustand, die ihren dauernden Wohnsitz auf dem Lande hatten, ist die Testamentserrichtung vor den Dorfgerichten durchaus nicht an eine derartige Voraussetzung gebunden. Es kann vielmehr jeder, der sich grade auf dem Lande aufhält, in dieser Form testieren.[1]

Die einzige besondere Voraussetzung für die Zulässig-

4. Die weiter hierher gehörigen Bestimmungen des ALR. lauten:

§ 94: Der Mangel eines ordentlichen Gerichtsschreibers kann in einem solchen Falle auch durch einen Justizkommissarius oder auch durch einen blossen Notar oder durch den Prediger ersetzt werden.

§ 95: Dergleichen Testamente oder Kodizills müssen jedoch die Dorfgerichte dem Gerichte ohne Zeitverlust einhändigen; welches sie über den eigentlichen Hergang der Sache, auf ihre Pflicht, umständlich vernehmen, und das Protokoll darüber nebst der Disposition selbst, in dem gerichtlichen Deposito verwahren muss.

§ 96: Ist der Testator alsdann noch am Leben, und zu einer gültigen Willensäusserung noch fähig, so muss das Gericht ihm das mit den Gerichten über den Hergang der Sache aufgenommene Protokoll vorlegén, und die Richtigkeit des darin enthaltene Hergangs der Sache von ihm genehmigen lassen.

§ 97: Die unterlassene Beobachtung dieser Vorschrift bewirkt jedoch für sich allein noch keine Nichtigkeit der letztwilligen Verfügung selbst, sondern macht nur den Richter, welcher sie aus grobem oder mässigen Versehen verabsäumt hat, wegen der Kosten eines hieraus entstehenden Prozesses verantwortlich.

(§ 98 ist antiquiert; vgl. Förster-Eccius a. a. O., Anm. 69).

1. Vgl. Dernburg, a. a. O., § 113 zu 1; Thümmel, die Errichtung des letzten Willens etc., S. 94 zu 5; Bornemann, a. a. O., S. 59.

keit der Testamentserrichtung vor den Dorfgerichten bildet vielmehr die Bestimmung, dass für den Erblasser dergestalt Gefahr vorliegen muss, dass auf die Herbeikunft des ordentlichen, für die Testamentsaufnahme zuständigen Richters nicht mehr gewartet werden kann.

Im übrigen gelten naturgemäss auch für unsere Errichtungsform, die ja nur eine besondere Art der öffentlichen Form darstellt, alle die Voraussetzungen, die für die Testamentserrichtung im preussischen Rechte überhaupt vorgeschrieben sind. Auf diese hier im einzelnen einzugehen liegt ausserhalb des Rahmens dieser Arbeit. Es sei daher hier nur auf die gesetzlichen Bestimmungen des ALR. I, 12 § 9 ff. verwiesen.

Durch die schon erwähnte Instruktion von 1854 (§ 14)[2] ist den Dorfgerichten noch besonders aufgegeben, sich nach dem Vorliegen der gesetzlichen Voraussetzungen genau zu erkundigen.

Streitig allein war die Frage, ob Minderjährige unter 18 Jahren dorfgerichtlich testieren können. Diese Frage ist mit Bornemann[3] und Thümmel[4] zu bejahen, da ja das Testament vor dem Dorfgericht ein richterliches Testament ist (vgl. oben), nur dass in diesem Falle von dem noch nicht 18jährigen Erblasser mündlich zu Protokoll testiert werden musste. (Vgl. ALR. a. a. O., § 17.) A. M. ist Koch.[5]

---

2. § 14: Den Dorfgerichten liegt es ferner ob, sich genau danach zu erkundigen, ob die Parteien die in den Gesetzen vorgeschriebenen persönlichen Fähigkeiten besitzen, einen Vertrag zu schliessen oder eine verbindliche Erklärung abzugeben, und ob diese Erfordernisse zu der gerichtlichen Handlung vorhanden sind.

3. a. a. O., S. 64.

4. a. a. O., S. 94 zu 6.

5. ALR., Bd. 2, Anm. 93 zu § 93 I, 12.

β) Die Urkundsbehörde.

§ 11.

Das Dorfgericht setzt sich zusammen aus dem Schulzen und den Schöppen nach vorschriftsmässiger Verpflichtung. Gehörig besetzt ist das Dorfgericht, sobald es ausser dem Schulzen 2 Schöppen zählt.[1] In dieser Besetzung ist das Dorfgericht zur Testamentsan- und aufnahme befugt (§ 93 I, 12), selbst wenn es an sich mehr Schöppen zählen sollte.[2] Falls nur ein Schöppe vorhanden ist, ist das Dorfgericht nach dem klaren Wortlaut des Gesetzes nicht hinreichend besetzt. Auch die Heranziehung eines zweiten Schöppen aus einem benachbarten Dorfgerichte wird hier zu einer vollgiltigen Besetzung nie führen können, wie sich aus § 6 der Instruktion von 1854[3] ergibt.[4]

Dagegen ist durch das Reskript vom 27. März 1805[5] zugelassen, dass ganze Dorfgerichte in Nachbargemeinden Testamente an- und aufnehmen, wenn hierzu Veranlassung vorliegt, was z. B. der Fall bei einem nicht oder nicht gehörig besetzten Dorfgerichte im Wohnorte des Testators ist.[6] Die Wohltat der Zulässigkeit der Testamentserrichtung vor einem Dorfgericht kommt daher auch Gutsbezirken, die kein eigenes Dorfgericht haben, zu gute, da hier ein benachbartes Dorfgericht eintreten kann.[7]

---

1. Vgl. die Instruktion von 1854 § 1.
2. Entscheidungen des Ober-Tribunals, Bd. 4 S. 80 f.
3. § 6: Bei der Auf- und Annahme letztwilliger Verordnungen kann in Ermangelung oder Behinderung des Gerichtsschreibers ein Notarius oder ein Prediger des Ortes als Protokollführer herangezogen werden. Sonst ist die Vertretung eines Beamten des Dorfgerichts durch eine andere, nicht zum Dorfgericht gehörige Person nicht zulässig.
4. Vgl. Koch, a. a. O., Anm. 11; Förster-Eccius, a. a. O., Anm. 60; a. M. sind Thümmel S. 92 und Dernburg S. 337 Anm. 4.
5. Bei Rabe Sammlung Preussischer Gesetze, Bd. 8 S. 265.
6. Thümmel S. 91.
7. Koch, a. a. O., Anm. 11.

Zu vollständiger Besetzung des Dorfgerichts gehört ferner der vereidete Gerichtsschreiber (§ 2 der Instruktion von 1854), der jedoch durch einen Justizkommissar (§ 94 I, 12), Notar oder Prediger des Ortes (§ 6 der Instruktion von 1854) oder den Gerichtsschreiber eines benachbarten Dorfgerichts (Reskript vom 27. III. 1805) ersetzt werden kann. Auch braucht er das Protokoll nicht eigenhändig zu schreiben, vielmehr genügt es nach einem Erkenntnis des Obertribunals,[8] dass er das Protokoll diktiert.

Der Schulze muss des Lesens und namentlich des Schreibens kundig sein (§ 51 I, 25 AGO., Nr. 3 des Reskriptes vom 27. III. 1805), da er das Protokoll notwendig unterzeichnen muss und zwar mit seinem Namen, nicht nur mit seinem Dienstcharakter;[9] andernfalls würde kein Protokoll vorliegen und die Testamentserrichtung nichtig sein[10] (vgl. ALR. I, 12 § 66 und § 103).

Die Schöppen müssen ebenfalls lesen und schreiben können (AGO. und Reskript wie oben) und das Protokoll mitunterschreiben. Von verschiedenen Seiten[11] ist denn auch die Ansicht verfochten worden, dass die Unterschrift der Schöppen für die Gültigkeit der Testamentserrichtung unbedingt erforderlich sei.

Demgegenüber ist jedoch durch Plenarbeschluss des Geheimen Obertribunals vom 14. Juni 1847[12] festgestellt worden: „die Gültigkeit des dorfgerichtlichen Testaments wird dadurch allein, dass die bei dessen Aufnahme zugezogenen Schöppen das vom Gerichtsschreiber aufgenommene Protokoll wegen Schreibensunkunde nicht mit ihrer Unter-

8. Striethorsts Archiv Bd. 52 S. 133.
9. Koch, Anm. 13; Entsch. des Obertrib. Bd. 65 S. 69.
10. Förster-Eccius, a. a. O., Anm. 69.
11. Vgl. Thümmel S. 92/93; Bornemann S. 64.
12. J. M Bl. 1894 S. 220, auch Entsch. des Ob. Trib. Bd. 15 S. 17 f.

schrift vollzogen haben, nicht angefochten.“ Diesem Erkenntnis pflichtet Förster-Eccius[13] bei.

Das Obertribunal hat weiterhin festgestellt, dass auch andere Gründe, z. B. eine schlimme Hand bei einem Schöppen oder Versäumnis seiner Unterschrift, das Testament nicht nichtig machen.

Dass die Mitglieder des Dorfgerichts bei der Errichtung, Genehmigung und Vollziehung des Testaments gegenwärtig sein müssen, dass sie ferner in keinem Verhältnis zum Erblasser stehen dürfen, das ihre Glaubwürdigkeit aufhebt, und auch ohne Interesse zur Sache sein müssen, ist selbstverständlich und ergibt sich ohne Weiteres aus der Erwägung, dass das Dorfgericht in jeder Beziehung den ordentlichen Richter vertritt und deswegen genau wie dieser qualifiziert sein muss und dessen Pflichten im ganzen Umfange wahrzunehmen hat. Irgendwelche Besonderheiten beim dorfgerichtlichen Testament sind deshalb an dieser Stelle nicht mehr hervorzuheben.

γ) Die richterliche Konkurrenz.

§ 12.

Dagegen tritt nach Errichtung des Testaments vor dem Dorfgerichte noch ein wichtiger Umstand hinzu, der einen wesentlichen Unterschied von der gewöhnlichen Testamentserrichtung darstellt. Denn während bei der ordentlichen Testamentserrichtung mit Abschluss des Gerichtsaktes alle Formalien erfüllt sind, hat das dorfgerichtliche Testament nun noch gewissermassen ein zweites Stadium zu durchlaufen: die Aushändigung an das ordentliche Gericht mit seinen weiteren Folgen (§ 95 a. a. O.).

---

13. a. a. O., Anm. 69.

Die dorfgerichtlich aufgenommenen Testamente sind nämlich vom „Dorfgericht“ unverzüglich dem Gerichte auszuhändigen. Diese Bestimmung ist durch die Deklaration vom 10. Juli 1846[1] dahin erläutert worden, dass die Aushändigung wenigstens durch eins der Mitglieder des Dorfgerichts erfolgen soll, jeder indirekte Weg durch die Post oder auf andere Weise ist unzulässig.

Um jedoch durch solche rein äusseren Umstände den Rechtsakt selbst nicht leiden zu lassen, bestimmt die Deklaration ferner, dass die Gültigkeit des Testaments von der persönlichen Einhändigung an das Gericht nicht abhängen soll.

Was hier von der Unterlassung der persönlichen Einhändigung bestimmt ist, wird unbedenklich auch für die nicht rechtzeitige Einhändigung des Testaments an das Gericht zu gelten haben; auch hierin ist nur eine Ordnungsvorschrift zu erblicken,[2] die nur die Mitglieder des Dorfgerichts verantwortlich macht.

Wie es der ordentliche Richter nach Empfang des Dorftestaments hält, ob er zunächst das Dorfgericht eingehend vernimmt und dann das Protokoll hierüber dem Testator zur Kenntnis und Genehmigung vorlegt, oder aber, wenn das noch möglich ist, mit dem Erblasser nunmehr ein ordentliches gerichtliches Testament aufnimmt, ist mit Rücksicht auf das allein massgebende Ziel, nämlich ein gültiges Testament zu Stande zu bringen, was auf beide Arten möglich ist, belanglos.[3]

Wichtig aber ist die Bestimmung des § 97 a. a. O., dass selbst, wenn der Richter die Wiederholung bezw. Ergänzung des Testamentsaktes ganz unterlässt, diese Unterlassung ebenfalls keine Nichtigkeit der letztwilligen Ver-

1. Gesetz-Sammlung S. 263.

2. Vgl. Entsch. d. Ob.-Trib. Bd. 4 S. 80; Bornemann S. 63; Thümmel S. 95; Förster-Eccius S. 375.

3. Thümmel, S. 90.

fügung herbeiführen soll. Die Gültigkeit des Testaments sollte also, soweit als irgend möglich, von der Beobachtung von Formvorschriften unabhängig gemacht werden, ein Gedanke, den wir in der modernen Entwicklung unseres Instituts noch weiterhin antreffen werden.

b) Das magistratualische Testament.

§ 13.

Die konsequente Durchbildung der erleichterten Testamentserrichtungsform bedingte ihre Ausdehnung auch auf kleine Städte, deren Verhältnisse ja denen auf den Dörfern sehr ähnlich sind.

Dementsprechend verordnete § 99 I, 12 ALR.: „Was vorstehend von Testamenten vor Dorfgerichten verordnet ist, gilt auch von Testamenten, welche in kleinen Städten, wo nur eine zur Verwaltung des Richteramts bestellte Person vorhanden ist, in Abwesenheit derselben von dem Polizeimagistrate, mit Zuziehung des Stadtsekretärs, oder einer der § 94 benannten Personen aufgenommen werden.“ Die Kabinettsorder vom 21. Januar 1833[1] bestimmte im Anschluss hieran zur Behebung entstandener Zweifel, dass in Städten, wo der Richter nicht am Orte wohnt, oder wo nur eine zur Verwaltung des Richteramts bestellte Person vorhanden ist, in Abwesenheit derselben Testamente rechtsgültig von einer aus dem Bürgermeister oder dessen Stellvertreter und 2 Magistratsmitgliedern bestehenden Deputation an- und aufgenommen werden dürfen, und dass es ausser dem geleisteten Amtseide der Mitglieder dieser Deputation keiner besonderen Vereidigung zu Amtsverrichtungen dieser Art bedarf. Die Stelle des einen Magistratsmitgliedes kann durch den Stadt-

1. Gesetz-Sammlung S. 13.

sekretär, einen vereideten Gerischtsschreiber oder eine der § 94 I, 12 genannten Personen versehen werden.

Im wesentlichen handelt es sich also um genau dieselben Erfordernisse wie beim eigentlichen Dorftestament, nur unter den entsprechenden sinngemässen Abänderungen für die etwas anderen Verhältnisse in kleinen Städten.

Die Urkundsbehörde setzt sich entsprechend der oben angeführten Gesetzesbestimmungen zusammen entweder aus 3 Magistratspersonen oder 2 Magistratspersonen und dem Stadtsekretär bezw. einer der zu seiner Stellvertretung befugten Personen.[2] Zu diesen gehörte jedoch nicht, wie ein weit verbreiteter Irrtum annahm, ein Rechtsanwalt,[3] der auch vor 1879 kein Beamter war.[4]

Auf die besonderen Verhältnisse in der Provinz (dem ehemaligen Grossherzogtum) Posen, die in der Kabinettsorder vom 6. November 1834[5] Regelung gefunden haben, sei hier nur verwiesen. Ein Eingehen auf diese Sonderbestimmungen, hauptsächlich bedingt durch die sprachlichen Verhältnisse der Provinz, würde aus dem Rahmen einer allgemeinen geschichtlichen Uebersicht herausfallen.

C) Recht des Code civil.

§ 14.

Zur Vervollständigung des Ueberblicks über unser Rechtsinstitut sei endlich noch das französische Recht herangezogen, das ja geraume Zeit in grösseren Gebietsteilen Deutschlands herrschend gewesen ist.

Auch hier finden wir die schwierigen Verhältnisse auf

---

2. Vgl. Entsch. d. Ob.-Trib. in Striethorst Archiv, Bd. 15 S. 245.
3. So Thümmel S. 98.
4. vgl. Förster-Eccius S. 375 Anm. zu II, 1.
5. Gesetz-Sammlung S. 181.

dem Lande zwar berücksichtigt, jedoch lange nicht in dem Umfange wie es im gemeinen und preussischen Rechte geschehen ist, wo, wie wir sahen, besondere Errichtungsformen für die ländlichen Verhältnisse gegeben waren.

Seinen Grund hat das darin, dass das französische Recht die sehr einfache und bequeme Form des eigenhändigen Testaments hat. Eine Formerleichterung kam daher überhaupt nur für das öffentliche Testament in Frage. Diese Testamentserrichtung findet statt durch 2 Notare in Gegenwart zweier Zeugen oder durch 1 Notar in Gegenwart von 4 Zeugen.[1]

Im Hinblick hierauf wird in art. 974 a. a. O. bestimmt:

„Le testament devra être signé par les temoins; et néanmoins, dans les campagnes, il suffira qu'un des deux témoins signe, si le testament est reçu par deux notaires, et que deux des quatres témoins signent, s'il est reçu par un notaire."

Die Formerleichterung für die Testamentserrichtung auf dem Lande besteht also lediglich darin, dass stets nur die Hälfte der zugezogenen Zeugen das Testament zu unterschreiben braucht.

Preussen hatte für seine französisch-rechtlichen Gebietsteile noch eine weitere Erleichterung eingeführt, indem durch Gesetz vom 15. Juli 1890[2] bei öffentlicher Testamentserrichtung nur die Zuziehung eines zweiten Notares oder zweier Zeugen vorgeschrieben ist (§ 4). In Verbindung mit art. 974 muss diese Gesetzesbestimmung für auf dem Lande errichtete Testamente dahin ausgelegt werden, dass hier nur einer der zugezogenen Zeugen zu unterschreiben braucht.[3]

Die ratio legis ist, wie schon im römischen und

---

1. Code civ., art. 971.
2. Gesetz-Sammlung S. 229.
3. Vgl. Cretschmar, Das Rheinische Civilrecht, S. 177 zu art. 974.

gemeinen Rechte, die, dass sich auf dem Lande häufiger schreibensunkundige Personen finden, so dass die Beibringung der erforderlichen Zahl schreibenskundiger Zeugen nicht immer möglich ist.

Die Erleichterung galt für alle Personen „dans les campagnes", die dort testieren wollten.

Es fragt sich nun, was unter dem platten Lande („dans les campagnes") zu verstehen ist.

Ein rechtlicher Unterschied besteht und bestand zwischen „Stadt" und „Land" weder in Frankreich noch in Preussen. Massgebend für die Beurteilung des Begriffs „dans les campagnes" sind daher Unterscheidungsmerkmale tatsächlicher Natur, die herzuleiten sind aus obiger ratio legis. Als „Land" im Sinne des Code sind also Gegenden und Ortschaften aufzufassen, wo es verhältnismässig schwierig ist, die genügende Anzahl schreibenskundiger Zeugen heranzuziehen. Nach einer Entscheidung bei Puchelt[4] sind zum platten Lande noch solche Ortschaften zu rechnen, die etwa bis 400 Einwohner haben.[5]

Im Falle der Anfechtung des Testaments hat der Richter zu entscheiden, ob der Fall der Ausnahme vorliegt.[6] Das Testament selbst muss darüber Aufschluss geben, warum nicht alle Zeugen unterschrieben haben, andernfalls ist es nichtig.[6]

---

4. Zeitschrift für deutsches bürgerliches Recht und französiches Civilrecht Bd. V, S. 34.

5. Vgl. Zachariae-Crome, Handbuch des französischen Civilrechts, Bd. 4 S. 290, Anm. 29.

6. Vgl. Zachariae-Crome a. a. O. und die daselbst Genannten.

II. Teil.

Das Gemeindetestament des BGB.

A) Allgemeiner Teil: Ueberblick über die gesetzlichen Bestimmungen des BGB.

1) Vorbemerkungen.

§ 15.

Unser neues Recht des BGB. hat das bewährte alte Rechtsinstitut in der Form des Gemeindetestaments sich ebenfalls zu eigen gemacht und zwar, wie schon bemerkt, im Ausbau der preussisch-rechtlichen Gedanken.

Von Testamentserrichtungsformen kennt das BGB. die öffentliche und die private (eigenhändige) Form (§ 2231 Nr. 2). Die öffentliche Errichtungsform zerfällt wieder in die Unterarten der ordentlichen Form vor Richter und Notar (§ 2231 Nr. 1) und der ausserordentlichen Formen der §§ 2249—2251. Von diesen drei ausserordentlichen Formen: dem Gemeindetestamente, dem Testament in abgesperrten Orten[1] und dem Seetestament, interessiert hier nur die erste Form, die wir, wie geschehen, am treffendsten mit Gemeindetestament oder nach preussischem Vorgange (Art. 80 des PrAG. zum BGB.) mit Nottestament bezeichnen wollen.

Unzutreffend wäre es, die unter der Herrschaft des ALR. gebräuchliche Beziehung „Dorftestament" auf das Rechtsinstitut des BGB. übertragen zu wollen, da die Wohl-

1. Das testamentum tempori pestis conditum kann zwar in seiner modernen Gestalt auch ein Gemeindetestament sein (§ 2250 Abs. 1). Jedoch kommt es für die vorliegende Arbeit nicht in Betracht, da es aus einer andern Wurzel stammt als das eigentliche Gemeindetestament.

tat erleichterter Testamentserrichtung nunmehr nicht nur auf Dörfern oder in kleinen Städten sondern überall anwendbar ist, selbst in den volksreichsten Städten. Ebenso unzutreffend wäre auch die alte Bezeichnung „testamentum ruri conditum", wie sich aus Vorstehendem ergibt, ganz abgesehen davon, dass hier auch noch die innere Verwandtschaft fehlen würde, die zwischen dem preussischen und dem bürgerlichen Rechte besteht. Denn hier wie dort und abweichend vom römischen und gemeinen Rechte handelt es sich um eine öffentliche Errichtungsform.

Nach der ausdrücklichen Bestimmung des § 2249 BGB., welcher lautet:

„Ist zu besorgen, dass der Erblasser früher sterben werde, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar möglich ist, so kann er das Testament vor dem Vorsteher der Gemeinde, in der er sich aufhält, oder, falls er sich in dem Bereich eines durch Landesgesetz einer Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirks aufhält, vor dem Vorsteher dieses Verbandes oder Bezirks errichten. Der Vorsteher muss zwei Zeugen zuziehen. Die Vorschriften der §§ 2234 bis 2246 finden Anwendung; der Vorsteher tritt an die Stelle des Richters oder Notars.

Die Besorgnis, dass die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder vor einem Notar nicht mehr möglich sein werde, muss im Protokoll festgestellt werden. Der Gültigkeit des Testaments steht nicht entgegen, dass die Besorgnis nicht begründet war",

baut sich das Gemeindetestament im wesentlichen auf den für die ordentliche öffentliche Errichtungsform vor Richter oder Notar gegebenen Normen der §§ 2234—2246 auf und stellt sich für bestimmte Fälle als gleichwertige ausserordentliche Form neben die beiden ordentlichen öffentlichen Formen. Streit- und Zweifelsfragen bezüglich des Gemeindetestaments werden daher häufig aus Gesichtspunkten, die Wissenschaft und Praxis für die Testamentserrichtung vor

Richter und Notar aufgestellt haben, zu erläutern und zu lösen sein.

Einen bedeutenden Fortschritt gegenüber dem preussischen Rechte stellt der Fortfall der richterlichen Konkurrenz dar. Die lästigen Vorschriften des ALR., die einer Wiederholung des Errichtungsaktes gleichkamen, sind im heutigen Rechte vollständig fallen gelassen worden. Das vom Gemeindevorsteher aufgenommene Testament steht in seiner Bedeutung und seinen Wirkungen einem in ordentlicher Form errichteten öffentlichen Testamente völlig gleich, insbesondere ist es, wie diese, eine öffentliche Urkunde.[2] Nur in einem Punkte erleidet seine Wirkung eine Abschwächung. Laut der positiven Gesetzesvorschrift des § 2252[3] ist seine zeitliche Wirkung unter gewissen Bedingungen beschränkt. Lebt nämlich der Erblasser noch 3 Monate nach Errichtung des Gemeindetestaments, so gilt dieses als nicht errichtet. Es kommt also nicht nur das Gemeindetestament mit seinem ganzen Inhalt in Wegfall, sondern es treten auch alle weiteren Folgen des Wegfalls eines Testaments ein, z. B. würde ein vor dem Gemeindetestament errichtetes, durch dieses aufgehobenes Testament wieder in Geltung kommen.

Aber auch diese Abschwächung der zeitlichen Wirksamkeit erfährt sogleich noch eine Milderung zu Gunsten des Erblassers, als Beginn und Lauf der dreimonatlichen Frist solange gehemmt sind, als der Erblasser ausser stande ist, ein Testament vor einem Richter oder Notar zu errichten. Die Möglichkeit, privatschriftlich testieren zu können,

---

2. Rechtspr. der Oberlandesgerichte, Bd. 3 S. 375; Planck-Strohal, BGB., Bd. 5 S. 662 zu 1; Marcus, Das deutsche Testament etc. S. 155; Staudinger-Herzfelder, BGB., Bd. 5 S. 552 zu 2.

3. § 2252 BGB.: Ein nach § 2249, 2250 und 2251 errichtetes Testament gilt als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verflossen sind und der Erblasser noch lebt. Beginn und Lauf der Frist sind gehemmt, so lange der Erblasser ausser Stande ist, ein Testament vor einem Richter oder Notar zu errichten usw.

setzt die Frist nicht in Lauf, ebensowenig die Möglichkeit, ein Testament vor einem ausländischen Richter und Notar errichten zu können, da unter Richter und Notar im Sinne unseres Paragraphen stets nur ein deutscher Richter und Notar verstanden werden kann.[4]

Diese einzige zeitliche Beschränkung der Wirksamkeit des Gemeindetestaments war erforderlich, um den Charakter des Rechtsinstituts als Ausnahmebestimmung zu wahren.[5]

2) Voraussetzungen.

§ 16.

Unter welchen Voraussetzungen kann nun ein Gemeindetestament nach heutigem Rechte errichtet werden?

Zunächst treffen natürlich auch für diese Errichtungsform die für die Testamentserrichtung im allgemeinen gültigen Vorraussetzungen zu, so die, dass der Erblasser nur persönlich sein Testament errichten kann (§ 2064 BGB.), und dass er testierfähig sein muss (vgl. §§ 2229 und 2230). Hierauf braucht an dieser Stelle nicht weiter eingegangen zu werden, da hierin keine Besonderheiten hinsichtlich des Gemeindetestaments gelten.

Abweichend aber vom gewöhnlichen Rechte und den Unterschied von ihm begründend ist die Bestimmung des § 2249, dass zu besorgen sein muss, der Erblasser werde früher versterben, als die Errichtung eines Testaments vor einem Richter oder Notar möglich sein werde, um die Errichtung in der Form des Gemeindetestaments zu rechtfertigen.

Nur wenn diese Voraussetzung wirklich erfüllt ist, darf der Gemeindevorsteher zur Testamentserrichtung schreiten,

---

4. vgl. Planck-Strohal, a. a. O., § 2252 Anm. 2.
5. Vgl. Motive, Bd. V S. 282.

und nur dann ist der Testamentsakt gültig, selbst wenn er vom Gemeindevorsteher vorgenommen sein sollte, obschon die Voraussetzung nicht vorlag. Es genügt also zur Rechtfertigung der Testamentserrichtung in der Form des Gemeindetestaments nicht schon der Notstand allein, dass ein etwa vorhandener Richter oder Notar zur Zeit der Errichtung abwesend oder verhindert ist. Auch die Gefahr des Eintritt alsbaldiger Geschäftsunfähigkeit genügt nicht[1].

Das Vorliegen obiger Voraussetzung ist aber an keine weitere Bedingung geknüpft, namentlich ist die Wohltat des Gemeindetestaments nicht auf einen bestimmten Stand beschränkt oder mit einem dauernden Aufenthaltsort, wie etwa im gemeinen Recht, verbunden. Einem jeden, wo er sich auch aufhalten möge, ist, falls für ihn scheinbar die Gefahr plötzlichen Ablebens eintritt, die die Möglichkeit rechtzeitiger Testamentserrichtung in ordentlicher öffentlicher Form in Frage stellen könnte, die Wohltat der erleichterten Errichtungsform des Gemeindetestaments geboten[2].

Kraft der Vorschrift des § 2266 ist sogar nicht einmal die Voraussetzung dringender Todesgefahr erforderlich, falls es sich um Ehegatten handelt, die gemeinschaftlich testieren wollen. Es genügt hier, wenn nur bei einem Teile obige Voraussetzung zutrifft.

Doch auch das Vorliegen naher Todesgefahr an sich genügt nicht, um das Gemeindetestament vor Nichtigkeit zu schützen, selbst wenn sie nachträglich nachweisbar sein sollte. Es muss vielmehr hierzu im Protokolle ausdrücklich das Bestehen der Besorgnis dieser Gefahr festgestellt werden (§ 2249 Abs. 2).

In welcher Form das zu erfolgen und in welchem Zeitpunkt diese Feststellung zu geschihen hat, wird im speziellen Teil zu 1) und 2) dargelegt werden.

---

1. Motive, V S. 282.

2. Planck-Strohal, S. 662 zu 2, Staudinger-Herzfelder, S. 552 zu 3; Marcus S. 157.

Die Feststellung des tatsächlichen Vorliegens der Besorgnis naher Todesgefahr dürfte nun selbst dem berufenen Fachmanne, dem Arzte, sehr häufig nicht einwandfrei möglich sein. Um so weniger kann sie vom Gemeindevorsteher, einem Laien, verlangt werden, der noch dazu häufig nur über eine mangelhafte Bildung verfügen wird. Eine höchst bedenkliche Rechtsunsicherheit würde Platz gegriffen und voraussichtlich bald die ganze segensreiche Einrichtung des Gemeindetestaments in Misskredit gebracht haben, wenn die tatsächliche Feststellung der Besorgnis gefordert worden wäre[3]. Das Gesetz begnügt sich daher mit der subjektiven Auffassung des das Testament aufnehmenden Gemeindevorstehers vom tatsächlichen Zustande des Erblassers, indem es ausdrücklich bestimmt, dass es der Gültigkeit des Testaments nicht entgegensteht, wenn die Besorgnis nicht begründet war. Damit ist ein Gegenbeweis gegen diese Feststellung ausgeschlossen.

3) Urkundspersonen.

§ 17.

Im Gegensatze zum preussischen Rechte, das eine Urkundungsbehörde bei der Errichtung von „Dorftestamenten" kannte — das Dorfgericht bzw. die Magistratsdeputation —, tritt im BGB. eine einzelne Person an die Stelle der Behörde, der Vorsteher der Gemeinde bzw. des der Gemeinde gleichgestellten Verbandes oder Gutsbezirks[1].

Wer als Gemeindevorsteher anzusehen ist, wer sein Stellvertreter ist, und unter welchen Umständen die Stellvertretung geboten ist, soll im speziellen Teil zu 3) besprochen werden.

---

3. Motive V S. 282.

1. Art. 80 Pr. A. G. z. BGB.

An dieser Stelle sei nur auf Art. 150 EGBGB. Bezug genommen, der es dem Landesrecht überlässt, anstelle des Gemeindevorstehers oder neben ihm eine andere Person zur Urkundsperson zu bestimmen.

Von dieser Bestimmung hat Preussen in Art. 80 PrAGBGB. Gebrauch gemacht. So sind u. a. durch die ministeriellen Verfügungen vom 7. Juli 1900[2] und 1. Juli 1902[3] für die Kreise Husum, Norder- und Süderdithmarschen bzw. für die Bezirke mit Ortsgerichten im Bereiche der Oberlandesgerichte Frankfurt a. M. und Kassel, die Vorsteher der Dorf- oder Bauernschaften bezw. die Ortsgerichtsvorsteher als besondere Urkundspersonen ausser dem Gemeindevorsteher bestellt worden.

Für die Gemeindevorsteher wie für die besonderen Urkundspersonen sind unter dem 23. Juni 1900[4] bzw. 15. März 1904[5] im wesentlichen miteinander übereinstimmende ministerielle Anweisungen für die Aufnahme von Nottestamenten ergangen.

Hinsichtlich der Ausschliessungsgründe gelten für die Gemeindevorsteher bzw. die an ihre Stelle tretenden, landesgesetzlich bestimmten Persönlichkeiten dieselben Vorschriften, wie für die Richter und Notare.

Der Gemeindevorsteher darf also nicht der Ehegatte des Erblassers sein, auch wenn die Ehe nicht mehr besteht (§2234 Nr. 1), noch mit ihm in gerader Linie verwandt oder bis zum zweiten Grade in der Seitenlinie verwandt oder verschwägert sein (§ 2234 Nr. 2).

Ein unter Verletzung dieser Formvorschrift errichtetes Testament wäre unbedingt nichtig.

Ferner darf der Gemeindevorsteher nicht mitwirken, wenn er in dem Testament bedacht wird oder zu einem Be-

---

2. J. M. Bl. 1900, S. 504.
3. J. M. Bl. 1902, S. 141.
4. J. M. Bl. 1900, Beil. 32.
5. J. M. Bl. 1904, S. 91.

dachten in einem im § 2234 erwähnten Verhältnis steht (§ 2235). Jedoch ist das Testament in diesem Falle nur hinsichtlich der Zuwendung an den Bedachten nichtig.

Wenn nun auch das BGB. nur eine Person als eigentliche Urkundsperson kennt, so würde doch eine Testamentserrichtung vor dieser allein nicht möglich sein. Es bedarf vielmehr noch der Zuziehung von Kontrollpersonen, der Testamentszeugen, und zwar müssen stets zwei hinzugezogen werden (§ 2249 Abs. 1, Satz 2).

Für die Zeugen gelten zunächst dieselben Ausschliessungsgründe wie für den Gemeindevorsteher (§§ 2234, 2235), jedoch treten noch einige weitere Gründe für sie hinzu.

Zwingender Art ist die Vorschrift, dass die Zeugen zum Testamentsaufnehmenden in keinem Verhältnis der im § 2234 erwähnten Art stehen dürfen (§ 2236).

Ferner sollen nicht hinzugezogen werden: Minderjährige, Personen, die der bürgerlichen Ehrenrechte für verlustig erklärt sind, für die Zeit der Aberkennung, Personen, die auf Grund der strafgesetzlichen Vorschriften zur eidlichen Vernehmung als Zeugen unfähig sind, und solche, die als Gesinde oder Gehilfe im Dienste des Testamentsaufnehmenden stehen (§ 2237 No. 1—4).

Abweichungen und Besonderheiten von der Testamentserrichtung in ordentlicher Form sind hier nicht hervorzuheben.

4) Hergang der Testamentserrichtung.

§ 18.

Die Form der Errichtung des Gemeindetestaments weicht nur, wie bereits erwähnt, hinsichtlich der Feststellung der Besorgnis, dass der Erblasser früher versterben werde,

als die Testamentserrichtung vor Richter oder Notar möglich sein werde, von der gewöhnlichen Errichtungsform ab, im übrigen entspricht sie dieser völlig.

Der Erblasser kann also entweder seinen letzten Willen mündlich zu Protokoll erklären (diese Form muss beobachtet werden von Minderjährigen und solchen Personen, die Geschriebenes nicht zu lesen vermögen), oder aber ein von ihm oder einem andern angefertigtes Schriftstück offen oder verschlossen überreichen mit der Erklärung, dass es seinen letzten Willen enthalte (§ 2238). Diese zweite Form ist bei Stummen oder am Sprechen verhinderten Personen allein anwendbar und zwar unter eigenhändiger schriftlicher Erklärung des Erblassers im Protokoll oder einer besonderen Protokollanlage, dass obige Gründe vorliegen, und unter Feststellung der Niederschrift und der Ueberzeugung des das Testament Aufnehmenden vom Vorliegen der Gründe (§ 2243).

Der das Testament Aufnehmende und die beiden Zeugen müssen während der ganzen Verhandlung zugegen sein (§ 2239).

Ueber die Testamentserrichtung ist ein Protokoll in deutscher Sprache aufzunehmen (§ 2240), das Ort und Tag der Verhandlung, Bezeichnung des Erblassers und der mitwirkenden Personen und die Erklärungen des Erblassers bzw. die Feststellung der Uebergabe einer Schrift als Testament enthalten muss (§ 2241).

Die Erfordernisse der Richtigkeit der Datierung und der „Bezeichnung" der mitwirkenden Personen sollen unter 4) und 5) im speziellen Teil eine eingehendere Erörterung finden.

Durch die bereits erwähnten ministeriellen Anweisungen vom 23. Juni 1900 und 15. März 1904 ist für Preussen ferner vorgeschrieben, dass der das Testament Aufnehmende im Protokoll vermerken soll, ob er den Erblasser kennt oder in welcher Weise er sich über dessen Persönlichkeit Gewissheit

verschafft hat (§ 13 bzw. § 14), und dass der Erblasser auf das Erlöschen des Testaments nach drei Monaten, falls der Erblasser dann noch leben sollte (§ 2252), hingewiesen worden ist (§ 15 bzw. 16). Jedoch hat die Nichtbeachtung dieser Vorschriften, die rein instruktioneller Natur sind, natürlich keine nachteiligen Folgen für die Aufrechterhaltung des Testaments.

Das Protokoll muss sodann dem Erblasser vorgelesen und von ihm genehmigt und eigenhändig unterschrieben werden. Das Protokoll muss ausweisen, dass das geschehen ist. Auf Verlangen soll es dem Erblasser zur Genehmigung vorgelegt werden. Die mitwirkenden Personen haben es ebenfalls zu unterzeichnen (§ 2242 Abs. 1 u. 3). In welcher Weise und Reihenfolge das zu geschehen hat, soll im speziellen Teil zu 6) dargelegt werden.

Falls der Erblasser nicht schreibenskundig ist, so wird seine Unterschrift durch die Feststellung seiner ausdrücklichen Erklärung hierüber im Protokoll ersetzt (§ 2242 Abs. 2).

Endlich finden die Vorschriften der §§ 2244 und 2245 über die Zuziehung von Dolmetschern bei der Testamentserrichtung durch sprachfremde Erblasser Anwendung, ohne das hierbei Abweichungen von der ordentlichen Errichtungsform hervorzuheben wären.

Die Vorschriften über Sieglung und Verwahrung des Gemeindetestaments entsprechen ebenfalls völlig den für die ordentliche Form gegebenen (§ 2246). Hervorgehoben sei, dass es sich hierbei auch nur um Ordnungsvorschriften handelt, dass also eine Verletzung dieser Vorschriften ebenfalls keine Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat.

Damit sei der allgemeine Ueberblick geschlossen. Im nachfolgenden speziellen Teile sollen nun die bereits erwähnten einzelnen Fragen des näheren erläutert und geklärt werden.

B) Spezieller Teil: einzelne wichtigere Streitfragen.

1) Die Form der Feststelung der Besorgnis alsbaldigen Ablebens des Erblassers.

§ 19.

Wie bereits erwähnt, ist die ausserordentliche Form des Gemeindetestaments an eine besondere Voraussetzung hinsichtlich ihrer Zulässigkeit geknüpft: es muss die Besorgnis bestehen, dass der Erblasser früher sterben werde, als eine Testamentserrichtung vor einem Richter oder einem Notar möglich sein würde. Das Vorliegen dieser Besorgnis muss im Protokoll festgestellt werden.

Wir haben es hier mit einer zwingenden Formvorschrift für das Protokoll zu tun, wie der Wortlaut des Gesetzes: „muss festgestellt werden" ergibt.[1] Es wird sich nun fragen, in welcher Weise und mit welchen Worten diese Feststellung zu geschehen hat.

Den Gebrauch bestimmter, auf jeden Fall anzuwendender Worte schreibt das Gesetz nicht vor, es verlangt nur eine ausdrückliche Feststellung[2]. In allen den in der Anmerkung aufgeführten Entscheidungen wird zwar die Formvorschrift hinsichtlich der Feststellung der Besorgnis als zwingend hervorgehoben, aber betont, dass es dem Gesetz-

---

1. Vgl. Dennler, das Dorftestament, S. 33 zu 4; Oertel, das Gemeindetestament S. 18; Planck-Strohal S. 663 Erl. 4; Staudinger-Herzfelder S. 552 Erl. 3; Dernburg, Das Bürgerl. Recht, Erbrecht, S. 97 zu 4; Urteil des Reichsgerichts in der „Jur. Wochenschr." 1902, Beil. 3 S. 216 Nr. 65.

2. Vgl. Entsch. des R. G., IV. C. S. vom 3. Nov. 1904, „Jur. Wochenschr." 1905 S. 24, auch abgedruckt im „Zentralbl. f. freiw. Gerichtsbark." Bd. 6 S. 208 und im „Recht" Bd. 9 S. 81; ferner in der „Jur. Wochenschr" 1902 a. a. O.; „Jur. Wochenschr." 1903 Beil. 7 S. 64 Nr. 149 auch abgedruckt bei Gruchot, Beiträge Bd. 47 S. 983; Entsch. des R. G, vom 27. Februar 1902 in der „Deutschen Jur. Zeit." 1902 S. 273 Nr. 34.

geber fern gelegen habe, bestimmte Worte für diese Feststellung vorzuschreiben. Es genüge vielmehr, wenn sich aus dem Inhalte des Protokolls ergebe, dass bei Aufnahme desselben die subjektive Besorgnis der bezeichneten Art bestanden hat.

Nach Dernburg[3] genügt es, wenn beurkundet ist, dass ein Amtsrichter nicht erreichbar sei, sofern sich nur aus dem Inhalte des Testaments und den Umständen ergibt, dass auch ein Notar nicht erreichbar gewesen sei.

Auch aus dem Gesetze selbst muss gefolgert werden, dass die bezügliche Feststellung der Besorgnis nicht an die Worte des § 2249 Abs. 2 gebunden ist, dass also nicht Richter und Notar auf jeden Fall erwähnt sein müssen. Hat doch das EGBGB. im Art. 141 es der Landesgesetzgebung freigestellt, entweder Gericht oder Notar oder nur das Gericht oder nur den Notar zur Aufnahme der öffentlichen Testamente zu berufen.

Von dieser Befugnis haben die verschiedenen Bundesstaaten den verschiedensten Gebrauch in ihren Ausführungsgesetzen zum BGB. gemacht.

Während in Preussen und Sachsen z. B. Gerichte und Notare zuständig sind, sind in Bayern, Württemberg, Baden und Hamburg nur die Notare und in Oldenburg, Lippe und Waldeck nur die Gerichte zuständig[4]. In Bayern, Württemberg, Baden und Hamburg würde daher die Feststellung, dass ein Richter, und in Oldenburg, Lippe und Waldeck, dass ein Notar zur Testamentserrichtung nicht habe herbeigerufen werden können, völlig überflüssig und widersinnig sein, da die betreffenden Behörden bzw. Personen nach Landesrecht überhaupt nicht in Betracht kommen können[5].

---

3. a. a. O., § 36 S. 97 Anm. 7.

4. Vgl. Staudinger-Herzfelder S. 529 Erl. III, Marcus, a. a. O., S. 151.

5. Vgl. hierzu die Beispiele bei Dennler, a. a. O, S. 80 f., der die Bayrischen Verhältnisse besonders berücksichtigt und daher stets nur von der Herbeiholung eines Notars spricht; ferner E. d. R. G. bei Gruchot Bd. 47 S. 983.

Ein besonders häufig vorkommender Fall scheint der zu sein, in dem die bezügliche Feststellung wegen des Notars unterblieben ist. Es kommen hier natürlich entsprechend obigen Ausführungen nur solche Bundesstaaten in Betracht, in denen die Testamentserrichtung dem Richter oder Notar übertragen ist, wie z. B. Preussen.

Der Grund für diese Fortlassung mag darin zu suchen sein, dass, namentlich in den östlichen Teilen der preussischen Monarchie, in kleinen Städten sich häufig nur ein Amtsgericht aber kein Notar befindet, dass mithin den Bewohnern solcher Städte und des ganzen dazu gehörigen Gerichtsbezirks die Testamentserrichtung vor dem Notar fremd ist.

Mit Rücksicht auf diese Verhältnisse will das Kammergericht[6] in den Worten „bei der Entfernung des Gerichts" unter Umständen eine ausreichende Feststellung erblicken.

Auch das Reichsgericht hat wiederholt zu dieser Frage Stellung zu nehmen gehabt[7]. Es führt in der Jur. Wochenschrift aus: „Allerdings ist in dem Protokoll nur d e r Besorgnis Erwähnung getan, dass der Tod des Testators eintreten könne, bevor der A m t s r i c h t e r herbeizukommen imstande sei; unstreitig aber hatte der dem Orte Dünow (wo die Testamentserrichtung stattfand) am nächsten wohnende Notar, ebenso wie das in Betracht kommende Amtsgericht seinen Amtssitz in Stolp. Hieraus, und da also ein Notar nicht früher als ein Richter hätte herbeigeholt werden können, wird vom Berufungsgericht entnommen, dass in der Feststellung d e r Besorgnis, die Errichtung eines Testaments werde vor einem Richter nicht mehr möglich sein, z u g l e i c h auch die Feststellung der Besorgnis enthalten sei, dass die Errichtung des Testaments vor einem Notare

---

6. Rechtsprech. der Oberlandes-Ger. Bd. 9 S. 414.

7. Entsch. in der „Jur. Wochenschr." 1903 Beil. 3 S. 216 und „D. Jur. Zeit." 1902 S. 273.

nicht mehr möglich sein werde.“ Diese Annahme billigt dann das Reichsgericht des weiteren.

In demselben Sinne ist die zweite in der Anmerkung erwähnte Entscheidung ergangen; auch hier findet das Reichsgericht unter denselben örtlichen Umständen wie im vorgedachten Urteile die Feststellung hinsichtlich des Notars in der Feststellung der Besorgnis, ein Richter werde nicht mehr rechtzeitig erscheinen können, enthalten und schliesst mit den Worten: „. . . zumal unter Umständen die besondere Erwähnung, dass die rechtzeitige Herbeischaffung eines Richters oder Notars nicht mehr möglich sei, mit Rücksicht auf die im Protokoll festgestellten Tatumstände völlig überflüssig erscheinen kann.“

Aus diesen Urteilen geht hervor, dass das Reichsgericht wie das Kammergericht den Wortlaut und Inhalt der jeweiligen Feststellung ganz von den tatsächlichen Verhältnissen abhängig machen. Darin ist ihnen beizupflichten. Es werden einerseits ganz allgemein gehaltene Feststellungen wie etwa die: es ist zu befürchten, dass der Erblasser früher sterben werde, als er ein Testament in ordentlicher, öffentlicher Form werde errichten können, als genügend anzusehen sein, andrerseits auch solche, die entweder des Richters oder des Notars nicht besonders Erwähnung tun, falls die Umstände das gestatten.

Wenden wir dieses Ergebnis einmal auf ein Beispiel an. Es handle sich um eine Stadt der Provinz Brandenburg. Darunter sind Gemeinwesen von ganz verschiedener Grösse und Bedeutung inbegriffen. Es kann sich um kleine Städte handeln, die weder Sitz eines Amtsgerichts noch eines Notars sind, oder um solche, die entweder ein Gericht oder einen Notar (freilich wohl ein sehr seltner Fall) in ihren Mauern beherbergen, endlich um solche, die sowohl Sitz eines Amtsgerichts wie eines oder mehrerer Notare sind. Je nach diesen tatsächlichen Verhältnissen wird die Feststellung zu treffen und die getroffene zu beurteilen sein. Die kleine Ackerstadt wird da-

bei wohl am günstigsten fortkommen, da auf sie wohl stets Verhältnisse, wie sie den erwähnten Entscheidungen des Reichsgerichts zugrunde lagen, zutreffen werden. Hier würde die Unterlassung der Feststellung hinsichtlich des Notars nicht die Nichtigkeit des Testaments im Gefolge haben. In grossen Städten dagegen, — auch in ihnen kann ja unbestritten ein Gemeindetestament errichtet werden, — die oft Sitz einer erheblichen Anzahl von Notaren sind, und wo im allgemeinen ein Notar leichter erreichbar sein wird als der Bürgermeister, könnten nur ganz besondere, aus dem Protokollinhalt sich ergebende Gründe eine Unterlassung der Feststellung bezüglich des Notars rechtfertigen. In allen Fällen, wo der Inhalt des Protokolls über besondere Gründe schweigt, muss das Testament als nichtig angesehen werden. Denn das Gesetz lässt ein Gemeindetestament nur dann zu, wenn die ordentliche Errichtungsform wegen naher Todesgefahr des Erblassers nicht mehr anwendbar erscheint; da nun in Preussen Richter und Notar gleichmässig nebeneinander zur ordentlichen öffentlichen Testamentserrichtung berufen sind, so muss die Feststellung im allgemeinen sowohl für den Richter wie für den Notar getroffen werden.

2) Der Zeitpunkt der Feststellung der Besorgnis.

§ 20.

Eine weitere wichtige Frage ist die, in welchem Stadium der Testamentserrichtung die zwingend vorgeschriebene Feststellung der Besorgnis, dass der Erblasser früher versterben könne, bevor er vor einem Richter und Notar testieren könne, im Protokoll zu erfolgen hat.

Darf sie nur unter Zuziehung der Testamentszeugen erfolgen oder darf sie schon vorher vorgenommen werden, und welchen Einfluss hat die vor Zuziehung der Zeugen getroffene Feststellung auf Bestehen oder Nichtigkeit des Testaments?

Der Umfang der Mitwirkung der Zeugen ist im § 2239 BGB. festgelegt, wonach sie während der ganzen Verhandlung zugegen sein müssen. Es handelt sich wiederum um eine Formvorschrift zwingender Natur, deren Nichtbeachtung Nichtigkeit des Testaments zur Folge haben würde. Die Frage dreht sich darum, was zur „Verhandlung" im Sinne des § 2239 zu rechnen ist. Gehören dazu auch Verhandlungen wie z. B. die Feststellung der Persönlichkeit des Erblassers und die Niederschrift des Protokolls, oder gehören zur Verhandlung in diesem Sinne nur die auf die Testamentserrichtung selbst bezüglichen Erklärungen des Erblassers und die Verlesung und Unterschrift des Protokolls? Gehört insbesondere die hier in Frage kommende Feststellung der Besorgnis zu den vorbereitenden Handlungen oder zur Verhandlung im Sinne des § 2239 selbst?

Planck-Ritgen nahm in der 2. Auflage seines Erbrechts[1] an, dass die „Verhandlung" im Sinne des § 2239 auch die Niederschrift des Protokolls mitumfasste, jedoch gab auch er zu, dass während etwa nötig werdender kurzer Entfernungen einer der mitwirkenden Personen die Fortsetzung des Protokollierens zulässig sei, wenn nicht gerade wesentliche Bestandteile des Protokolls in der Zwischenzeit zu Papier gebracht würden[2].

Neuerdings hat Planck-Strohal[3] diese Ansicht aber fallen lassen und sich der Meinung Staudinger-Herzfelders[4] angeschlossen, nach der sowohl die Niederschrift des Protokolls als auch die Feststellung der Persönlichkeit des Erblassers und ähnliche Akte zu den „vorbereitenden Handlungen" gehören, die zu der eigentlichen Errichtungsverhandlung im Sinne des § 2239 nicht zu rechnen sind und

1. S. 454 Anm. 1 zu § 2239.
2. So anscheinend auch Oertel, „Gemeindetestament" S. 16.
3. BGB., S. 642 Anm. 1b zu § 2239.
4. a. a. O., S. 541 Anm. 1 zu § 2239.

infolgedessen auch in Abwesenheit der Zeugen vorgenommen werden können.

Wir finden hier den Begriff der „Verhandlung" enger begrenzt, auf das wesentliche der Testamentserrichtung beschränkt und den Zwecken der Zeugenzuziehung zur Testamentserrichtung besser angepasst. Denn der Zweck ist doch allein der, auch nachträglich noch die Vorgänge bei der Testamentserrichtung und den Willen des Erblassers, als wirklich in der im Protokoll angegebenen Weise abgegeben, feststellen zu können[5]. So fasst auch Lauff[6] den Sinn des Wortes Verhandlung auf. Darunter habe man nur die Gesamtheit der Vorgänge zu verstehen, welche sich in Gemässheit der §§ 2238 und 2242 zwischen der Urkundsperson und dem Erblasser abspielen, also in erster Linie die im § 2238 vorgesehene Art der Errichtung des Testaments und fernerhin die im § 2242 bezeichneten Vorgänge, welche dazu dienen, das Testament zum endgültigen Abschluss zu bringen, keineswegs aber auch das nach § 2240 aufzunehmende Protokoll und am allerwenigsten die Niederschrift des Protokolls.[7]

Nach Peiser[8] setzt sich die Testamentsverhandlung aus der Errichtung des Testaments bezw. der Uebergabe eines Schriftstücks zusammen. Die Verhandlung beginnt mit der Erklärung des letzten Willens des Erblassers und endet mit dem Abschluss des Protokolls.[9] Ihm folgt Dennler.[10]

Endlich hat auch die Rechtsprechung des Reichs- und Kammergerichts sich auf den Boden derselben Auffassung

---

5. Vgl. Löffler in der „Zeitschrift d. deutschen Notar-Vereins" Bd. 1 S. 419.

6. Ebendort S. 308 f., besonders S. 312.

7. Vgl. Wilke, BGB., Erbrecht, Anm. 1 zu § 2239; Löffler, a. a. O. S. 417 f.; Werner ebendort S. 420 f.

8. „Handbuch des Testamentsrechts" S. 218 f.

9. An anderer Stelle, im „Recht" (1906 S. 584), macht er jedoch einen Unterschied und lässt die Verhandlung unter Umständen schon beginnen, sobald nur das Protokoll angefangen ist.

10. a. a. O., S. 26.

der Frage gestellt. In den Entscheidungen des Reichsgerichts vom 13. April 1905[11] und 31. Mai 1905[12] ist ausgesprochen, dass die Benutzung eines vorher gefertigten Entwurfs als Testamentsprotokoll durchaus nicht unzulässig sei, sofern nur die Zeugen aus dem Verlaufe der Verhandlung und der mündlichen Erklärung des Erblassers klar zu erkennen vermögen, worauf der eigentliche Wille des Erblassers gerichtet sei.[13]

Hieraus muss gefolgert werden, dass das Reichsgericht die Niederschrift des Protokolls nicht zur Verhandlung im Sinne des § 2238 rechnet.

Ganz unzweifelhaft hat sich aber das Kammergericht zu diesem Standpunkt bekannt.[14] Hier wird daraus, dass bereits in den Protokollen (S. 7178) die Erwartung ausgesprochen ist, dass die Nichtigkeit des Testaments nicht aus jeder kurzen, durch notwendige Bedürfnisse veranlassten Entfernung der Mitwirkenden hergeleitet werden solle, während welcher ein Fortgang der eigentlichen Verhandlung nicht stattgefunden habe, der Schluss gezogen, dass wenn die Niederschrift des Protokolls auch nur zum Teil in Abwesenheit eines der Mitwirkenden geschehen könne, sie überhaupt nicht als ein Teil der Verhandlung im Sinne des § 2239 angesehen werden könne. Auch das Gesetz selbst enthalte keine dahingehende Bestimmung.[15]

In Uebereinstimmung mit der von den genannten Au-

---

11. Zentralbl. f. freiw. G., Bd. 6 S. 209, auch abgedruckt bei Gruchot Bd. 50 S. 118.

12. a. a. O., Bd. 6 S. 210, auch abgedruckt bei Gruchot Bd. 50 S. 115 und in der „Zeitschr. für Rechtspflege in Bayern“ 1905 S. 369,

13. Vgl. auch Entsch. d. R. G., a. a. O., S. 207.

14. Entsch. vom 2. III. 1905 in den „Entscheidungen in Angelegenheiten der freiw. Ger.“ etc., herausgeg. im Reichs-Justizamt, Bd. 5 S. 238 f., insbes. S. 241, auch abgedr. bei Johow-Küntzel, Jahrb. f. Entsch. d. Kammer-Ger., Bd. 29 S. A. 49.

15. Vgl. Entsch. des K. G. vom 22. Nov. 1904, Rechtspr. der Oberlandesger., Bd. 10 S. 309.

toren und in den angeführten Entscheidungen vertretenen Ansicht kann zur Verhandlung im Sinne des § 2239 keinesfalls die Niederschrift des Protokolls gerechnet werden. Unter Verhandlung ist, ganz in Uebereinstimmung mit Lauff, nur der Teil des ganzen Errichtungsaktes zu verstehen, dessen Inhalt sich aus den §§ 2238 und 2242 ergibt.

Gehört zur Niederschrift des Protokolls nun auch die hier besagte Feststellung?

Zur „Verhandlung" kann sie jedenfalls nicht gehören, bildet sie doch eine Voraussetzung der Verhandlung,[16] ohne deren Vorhandensein in eine eigentliche Verhandlung garnicht eingetreten werden kann. Zur Prüfung der Voraussetzung ist die Urkundsperson, hier der Gemeindevorsteher, allein berufen,[17] sie hat die Feststellung allein zu treffen.

Erst wenn die Urkundsperson der Meinung ist, dass die Voraussetzung vorliegt, ist Veranlassung gegeben, auch Zeugen zur Testamentserrichtung heranzuziehen, ihre frühere Zuziehung ist unnötig und auch im Gesetz nirgends vorgeschrieben.

Liegt aber die Feststellung des Vorliegens der Voraussetzung der Urkundsperson allein ob, so ergibt sich mit Notwendigkeit die Folge, dass sie sie auch jederzeit vor Zuziehung der Zeugen im Protokoll vermerken kann. In diesem Sinne bildet die Feststellung — sonst ein notwendiger Bestandteil des Protokolls nach § 2249 — nur einen Teil der Niederschrift des Protokolls, die, wie wir sahen, die Notwendigkeit der Gegenwart der Zeugen nicht bedingt.

Eine vorherige Feststellung des Vorliegens unserer Voraussetzung vor Zuziehung der Zeugen führt somit nicht zur Nichtigkeit des Testaments.

16. Staudinger-Herzfelder, Erl. 3 zu § 2249.

17. Vgl. Motive, V. S. 282; R. G. in der „Deutschen Jur. Zeit." 1902, S. 273; K. G. in den Entsch. R. J. A., Bd. 5 S. 242.

3) Der Gemeindevorsteher und sein Stellvertreter. Fälle der Stellvertretung.

§ 21.

Im Falle der Testamentserrichtung nach § 2249 tritt der Gemeindevorsteher bezw. der Vorsteher des gleichgestellten Verbandes oder Bezirks an die Stelle des Richters oder Notars und hat deren Funktionen im ganzen Umfange zu versehen.[1]

Das Gesetz spricht vom Vorsteher einer Gemeinde oder eines gleichgestellten Verbandes oder Bezirks schlechthin, ohne Unterschiede zwischen Gemeinden mit verschiedener Verfassung zu machen.

Aus den Worten des Gesetzes in dieser ganz allgemeinen Fassung ergibt sich zweierlei: es sollte erstens der Kreis der Gemeinden bezw. der gleichgestellten Bezirke oder Verbände möglichst weit gefasst und damit allen Schichten der Bevölkerung, auf dem Lande wie in den Städten, die Wohltat dieser erleichterten Form der Testamentserrichtung gewährt werden. Nach den Motiven zu § 1925 des I. Entwurfs[2] sollten die neuen Vorschriften an die Stelle der früheren landesgesetzlichen treten und sie im weitesten Umfange ersetzen.

Zweitens aber sollen stets nur einzelne Personen mit der Testamentsaufnahme betraut werden[3] und nicht etwa wie im preussischen Rechte Urkundsbehörden, wie es die Dorfgerichte und Magistratsdeputationen waren.

In dieser Beziehung sind Zweifel in Theorie und Praxis aufgetaucht, ob in Städten mit Magistratsverfassung überhaupt eine Testamentserrichtung in den Formen des § 2249 erfolgen könne, und ob hier gegebenenfalls nicht etwa der

---

1. Vgl. Staudinger-Herzfelder, S. 553 Erl. 4; Planck-Strohal, S. 662 Erl. 3a.

2. Motive, V S. 281 f.

3. Vgl. Entscheid. des K. G. v. 2. III. 1905, R. J. A. Bd. 5 S. 239.

ganze Magistrat dazu berufen sei.[4] Diese Zweifel sind aber zurückzuweisen, auch bei kollegialem Magistrate ist das Gemeindetestament keineswegs ausgeschlossen.[5] Weder aus der Entstehungsgeschichte des Gesetzes noch aus seinem Wortlaute lassen sich obige Bedenken rechtfertigen.

Mag auch die Verfassung und Verwaltung der kommunalen Bezirke in den deutschen Einzelstaaten noch so mannigfaltig und bunt sein, sie werden alle dahin übereinstimmen, dass einer einzelnen Persönlichkeit die oberste Leitung der ganzen Verwaltung übertragen ist, und diese Persönlichkeit ist als Vorsteher der Gemeinde im Sinne des § 2249 anzusehen.

Wer freilich im einzelnen Falle als Vorsteher einer Gemeinde anzusehen ist, das bestimmt sich nach dem Rechte jedes Einzelstaates.[6] Aus der verwirrenden Menge aller denkbaren Einzelfälle sei hier ein konkreter Fall herausgegriffen, an dem die vorliegende Frage einmal genauer geprüft und klargelegt werden soll und zwar soll es sich wiederum um eine Stadt der Provinz Brandenburg handeln.

Die Organisation der Stadtverwaltung brandenburgischer Städte ist gegeben in der Städteordnung für die 6 (7) östlichen Provinzen der preussischen Monarchie vom 30. Mai 1853 (vgl. § 1 das.). Bestimmungen über die Zusammensetzung der Stadtmagistrate bezw. den Bürgermeister und seine Funktionen finden sich in den §§ 29 und 58 das.

Der § 29 lautet: Der Magistrat besteht aus dem Bürgermeister, einem Beigeordneten oder 2. Bürgermeister usw.

---

4. Vgl. Boschan, „D. Jur. Zeit.“, 6. Jahrgang S. 476, ferner der der vorgedachten K. G. Entscheid. zu Grunde liegende Beschluss des Amtsgerichts.

5. Windscheid-Kipp, Pandekten, Bd. III S. 236 Erl. III, 1; Planck-Strohal S. 662 Anm. 2; Staudinger-Herzfelder S. 553 Erl. 4; Roth im „Recht“ 1901 S. 557.

6. Vgl. Entsch. des O. L. G. Bamberg vom 25. VI. 1904 im „Zentralbl. f. freiw. G.“ Bd. 5 S. 567; Seufferts Archiv Bd. 60 S. 28; Endemann, Einführung etc. Bd. III S. 132 Nr. 3.

Ferner bestimmt § 58, dass der Bürgermeister den ganzen Geschäftsgang leitet und beaufsichtigt.

Demnach ist Vorsteher im Sinne des § 2249 in brandenburgischen Städten der Bürgermeister.[7]

Eine weitere Frage ist nun die, wer für den Gemeindevorsteher als Stellvertreter bei Testamentserrichtungen eintreten kann. Auch diese Frage sei zunächst im allgemeinen geprüft.

Im Gesetze selbst finden sich keine entsprechenden Bestimmungen, doch sagen die Motive[8] bereits, dass für den Gemeindevorsteher der allgemein als sein Vertreter Bestellte eintreten kann. Diese Meinung ist auch in Wissenschaft und Praxis durchweg herrschend. Dem Vorsteher der Gemeinde steht selbstverständlich dessen Vertreter gleich.[9] Als Selbstverständlichkeit ist diese Bestimmung im Gesetze nicht besonders hervorgehoben.[9]

Ebenso ist in der ministeriellen Anweisung vom 23. Juni 1900 im § 5 bestimmt: Kann der Vorsteher nach § 4 bei der Errichtung des Testaments nicht mitwirken oder ist er an der Mitwirkung tatsächlich verhindert, so tritt sein Vertreter an seine Stelle.

An Stelle des Vorstehers hat also, wie wir sehen, gegebenenfalls der Stellvertreter zu treten.

Als solcher ist für den Bürgermeister in brandenburgischen Städten der Beigeordnete oder 2 Bürgermeister ein für allemal bestimmt (vgl. § 29 der Städteordnung: „der Beigeordnete tritt als gesetzlicher Stellvertreter des Bürgermeisters ohne Weiteres an Stelle des verhinderten oder fehlenden Bürgermeister")[10]. Der Beigeordnete ist daher in

---

7. Vgl. Staudinger-Herzfelder S. 553 Erl. 4; Entsch. R. J. A. Bd. 5 S. 238 f.

8. V, S. 281.

9. Bohm, Erbrecht, S. 85; Frommhold Erbrecht des BGB., S. 228 Erl. 3; Staudinger-Herzfelder S. 553 Erl. 4; Planck-Strohal S. 662 Erl. 3 a Windscheid-Kipp S. 236 § 545 III; Entsch. R. J. A. Bd. 5 S. 238.

brandenburgischen Städten der berufene Vertreter des Bürgermeisters.

Es entsteht nun weiter die Frage, wie weit der Begriff des „Behindertseins“ des Gemeindevorstehers reicht, um die Amtshandlung des Stellvertreters zu legalisieren. Rechtlich verhindert an der Testamentsaufnahme ist der Gemeindevorsteher beim Vorliegen der gesetzlichen Ausschliessungsgründe der §§ 2234 und 2235. Hier ist der Fall der Stellvertretung ohne weiteres gegeben.

Tatsächlich verhindert ist der Gemeindevorsteher, wenn er abwesend oder krank oder ausser Stande ist seinen Namen zu schreiben.[11] Hier liegen ebenfalls Fälle vor, wo der Gemeindevorsteher einer Vertretung bedarf. Ferner wird der Stellvertreter eintreten müssen, wenn der Vorsteher sich weigert, seinen Dienstverpflichtungen nachzukommen.[12]

Wie aber wird zu entscheiden sein, wenn der Gemeindevorsteher weder krank noch sonstwie behindert ist, sondern andern, unwichtigen Amtsgeschäften nachgeht und mit der Testamentserrichtung seinen Stellvertreter betraut? Wird ein solches Testament nichtig sein?

Wissenschaft und Praxis haben sich scheinbar mit diesem besonderen Falle noch nicht beschäftigt, wenigstens findet sich nichts in der Literatur darüber.

Bei der Entscheidung dieser Frage muss der leitende Gesichtspunkt, wie stets, wenn es sich um Gültigkeit oder Nichtigkeit eines Testaments handelt, der sein: lässt sich das Testament aufrecht erhalten, ohne dem Gesetze Zwang anzutun?[13] Das dürfte auch im vorliegenden Falle möglich und den Umständen angemessen sein.

---

10. Oertel, Städteordnung, Anm. 2 zu § 29; Ledermann, Städteordnung S. 111 Anm. 3; vgl. auch die Instruktion für Stadtmagistrate vom 25. Mai 1835 (bei Oertel S. 378 f.) § 21.

11. Marcus, „Die Anweisung“ etc. S. 14 § 5 Anm. 1.

12. Vgl. die Preuss. Instruktion für Dorfgerichte vom 11. Mai 1854 (J. M. Bl. S. 206) § 4 Abs. 3.

Aus dem Gesetze selbst lassen sich irgendwelche Anhaltspunkte zur Entscheidung der Frage nicht gewinnen, da eine Vertretung des Vorstehers bei der Testamentserrichtung überhaupt nicht erwähnt und damit auch nirgends zu ersehen ist, in welchen Fällen eine Vertretung zulässig erscheinen könnte und in welchen nicht.

Die Entscheidung ist nach allgemein gültigen Gesichtspunkten für den Eintritt eines ordentlichen Stellvertreters an Stelle des ein für allemal mit der betreffenden Amtshandlung betrauten Beamten zu treffen.

Dabei ist grundsätzlich davon auszugehen, dass die Frage nach dem Vorliegen eines Bedürfnisses für die Stellvertretung im einzelnen Falle nach den für die betreffende Behörde gegebenen Vorschriften für den inneren Dienstbetrieb zu regeln ist, und lediglich als Sache dieses inneren Betriebes angesehen werden kann.

So hat das Reichsgericht (3 Civ. Sen. am 31. III. 1886) entschieden, dass die Zusammensetzung des Richterkollegiums einer Zivilkammer mit anderen als den geschäftsordnungsmässig bestimmten Richtern (vgl. § 62 GVG.) niemals im Prozesswege angefochten werden kann, da es sich bei der Frage der Stellvertretung um eine reglementäre, den inneren Dienstbetrieb betreffende Frage handelt, die lediglich von der Justizverwaltung zu regeln ist, aber nicht der richterlichen Kognition unterliegt. Insbesondere ist es Sache der Geschäftsleitung über die Fälle der Behinderung zu befinden; eine Nachprüfung im Prozesswege ist der Natur der Sache nach ausgeschlossen und diese auch vom Gesetze nirgends vorgesehen.[14]

Ferner hat dasselbe Gericht entschieden, dass es selbst bei unzulässiger allgemeiner Vertretung eines Richters durch

---

13. Vgl. Motive, V S. 263; Entsch. d. R. G. Bd. 50 S. 16; „Jur. Wochenschr." 1906 S. 53 Nr. 3.

14. Seuffert's Archiv Bd. 42 S. 210.

einen Referendar, der an sich in gültiger Weise den Rechtsakt vornehmen konnte, nicht Wille des Gesetzes ist, dem einmal vorgenommenen richterlichen Akte die Rechtsgültigkeit abzusprechen. Die Frage nach dem Bedürfnis der Stellvertretung unterliegt nur der Prüfung der Justizverwaltung; die Parteien werden selbst dann, wenn sie nachweisen könnten, dass kein Bedürfnis für eine Stellvertretung vorgelegen hat, den vorgenommenen richterlichen Akt nicht angreifen können.[15]

Was hier als Wille des Gesetzes bezüglich richterlicher Handlungen gekennzeichnet ist, wird sich bedenkenfrei auch auf Handlungen anderer Behörden übertragen lassen, die, wie im vorliegenden Falle, an die Stelle der Justizbehörde getreten sind.

Ganz ähnliche Bestimmungen für die Gültigkeit richterlicher Handlungen finden wir ferner noch im § 23 Abs. 2 des PrAG. zum GVG., der besagt: „Die Gültigkeit der Handlung eines Amtsrichters wird dadurch nicht berührt, dass die Handlung nach der Geschäftsverteilung vor einem anderen Amtsrichter vorzunehmen gewesen wäre.“ Im Interesse des Publikums darf der Geschäftsverteilung nicht die übergrosse Bedeutung beigelegt werden, dass richterliche Handlungen, die gegen die Geschäftsverteilung verstossen, indem sie von einem anderen als dem geschäftsordnungsmässig beauftragten Richter vorgenommen sind, der Nichtigkeit verfallen.[16]

Wenn somit das Testament gültig ist, das von einem Amtsrichter, der an seinem Gerichte z. B. nur Strafsachen zuerteilt erhalten hat, etwa aus Gefälligkeit gegenüber dem

---

15. R. G. Bd. 29 S. 222 f. (bes. S. 228/229), vgl. auch die Entsch. des R. G. in Strafsachen Bd. 1 S. 238, Bd. 2 S. 195, Bd. 3 S. 8 u. 242, Seuffert's Archiv Bd. 44 S. 343.

16. Vgl. Turnau „Die Justizverfassung in Preussen“ S. 174; ferner auch Brettner, im „Zentralbl. f. d. fr. G.“ Bd. 3 S. 382/383; Entsch. d. R. G. Bd. 1 S. 233.

geschäftsordnungsmässig mit der Testamentsaufnahme betrauten Richter aufgenommen worden ist, während der andere in derselben Zeit unwichtige Amtsgeschäfte erledigt, so ist nicht einzusehen, aus welchen Gründen das Testament nichtig sein sollte, das der Vertreter des Gemeindevorstehers aufgenommen hat, selbst wenn dieser inzwischen unwichtige Amtsgeschäfte erledigt haben sollte, zumal, wie schon wiederholt hervorgehoben ist, ordentliche und ausserordentliche öffentliche Testamente denselben Rechtsgrundsätzen für ihre Gültigkeit unterliegen.

Das einmal aufgenommene Gemeindetestament soll und darf keinesfalls unter einer Frage von untergeordneter Bedeutung, wie die, ob die Vertretung nötig war, leiden, wenn nicht eine bedenkliche Rechtsunsicherheit im Verkehr einreissen soll. Es wird den Parteien im allgemeinen schon unmöglich sein, nachzuprüfen und festzustellen, ob die Stellvertretung geboten war, und sich bei Zweifeln hierüber Gewissheit zu verschaffen.[17] Ganz besonders aber wird es dem Testator, der sich ja grade in dringender Todesgefahr befinden muss, wenn er sich überhaupt der Form des Gemeindetestaments bedienen will, unmöglich sein, erst noch Nachforschungen darüber anzustellen, aus welchem Grunde nicht der Gemeindevorsteher sondern sein Stellvertreter erschienen ist, und ob der Fall der Stellvertretung auch wirklich geboten ist.

Bei bösem Willen könnte ein Gemeindevorsteher sogar die Testamentserrichtung nach § 2249 überhaupt illusorisch machen, indem er in allen vorkommenden Fällen unwichtige Amtshandlungen vorschützt, um seinen Stellvertreter zu entsenden, und hinterher dargetan wird, dass sich der Gemeindevorsteher zur Zeit der Testamentserrichtung mit unwichtigen Amtsgeschäften befasst hat.

Es wird vielmehr jede vom gesetzlichen Stellvertreter des Gemeindevorstehers vorgenommene Testamentserrich-

17. Entsch. d. R. G. Bd. 29 S. 229.

tung als gültig angesehen werden müssen, gleichviel ob wirklich ein Grund für die Stellvertretung vorlag.

Hinzu kommt noch, dass die Frage der Stellvertretung entsprechend den oben angeführten Entscheidungen des Reichsgerichts überhaupt nicht der richterlichen Kognition unterliegt, mithin auch niemals mit Erfolg gegen die Gültigkeit des Testaments geltend gemacht werden kann.

4) Die Richtigkeit der Datierung.

§ 22.

Das gemäss § 2240 über den Hergang der Testamentserrichtung aufzunehmende Protokoll muss Ort und Tag der Verhandlung enthalten (§ 2241 Nr. 1). Die Worte des Gesetzes lassen mithin keinen Zweifel, dass die Angaben von Ort und Tag der Verhandlung wesentliche Erfordernisse des Protokolls darstellen.[1] Die Protokolle der Kommission für die 2. Lesung eines Entwurfs des BGB.[2] sowohl wie die Motive[3] heben die Wichtigkeit dieser Angaben für das Testament hervor, die ausdrücklich beibehalten worden sind.

Ein Ausserachtlassen dieser Vorschrift würde Nichtigkeit des Protokolls und damit auch Nichtigkeit des ganzen Testaments zur Folge haben.

Die Notwendigkeit der Datierung mit Ort und Tag ist auch leicht einzusehen, ist sie doch von Wichtigkeit für die Beurteilung einer ganzen Reihe das Testament formell und materiell betreffenden Fragen.

Die Testierfähigkeit des Erblassers, das Verhältnis mehrerer von demselben Erblasser errichteten Testamente hinsichtlich ihrer Gültigkeit zu einander, die Frage der Gül-

---

1. Vgl. Staudinger-Herzfelder S. 542 Anm. I: Planck-Strohal S. 645 Erl. 2; Dernburg, BGB. Bd. 5 S. 386 zu II.
2. V S. 337.
3. V S. 271.

tigkeit des Gemeindetestaments nach Ablauf von drei Monaten nach seiner Errichtung (§ 2252) sind einige Fragen unter vielen andern, die sich nur unter Heranziehung der Datierung entscheiden lassen.

Dementsprechend gilt das Erfordernis der Datierung für alle Testamentsformen, für die öffentlichen Formen ebenso wie für die private, eigenhändige Form. Der § 2241 fordert jedoch abweichend vom § 2231 Nr. 2, wo für das eigenhändige Testament „Angabe des Ortes und Tages" erfordert werden, ganz ausdrücklich die Angaben des Ortes und Tages der Verhandlung. Die Frage also, die beim eigenhändigen Testament zu einer der bestrittensten gehört und heute noch namentlich in der Wissenschaft, bis vor kurzem aber auch noch in der Praxis trotz vielfacher Stellungnahme zu ihr zu einer Uebereinstimmung der Meinungen nicht geführt hat, die Frage, ob die Datierung des eigenhändigen Testaments „richtig" sein, d. h. der Wahrheit entsprechen muss, scheidet aus dem engeren Rahmen der Arbeit aus. Trotzdem wird auch ihr einige Beachtung zu schenken sein, insoweit sie zur Klärung der uns weiterhin beschäftigenden Frage herangezogen werden kann.

Eine absichtlich falsche Datierung im Ort und Tag würde das Protokoll, das ja eine öffentliche Urkunde darstellt, und damit das Testament selbstverständlich nichtig machen.

Es handelt sich daher lediglich um die Frage, welchen Einfluss ein Versehen, die unbeabsichtigte falsche Datierung des Protokolls auf die Gültigkeit des Testaments hat.

Weiterhin soll nur von irriger Angabe des Tages die Rede sein. Was aber hiervon gilt, hat auch unbedenklich für irrige Angaben in der Ortsbezeichnung zu gelten.

Wir finden im grossen und ganzen zwei sich schroff gegenüberstehende Meinungen. Auf der einen Seite die eine, die sich auf streng formellen Boden stellt und jede Abweichung von der richtigen Datierung, mag sie beabsichtigt oder unbesichtigt sein, als unbedingten Nichtigkeitsgrund für das

Testament ansieht, und andererseits die andere, die in dem an sich berechtigten Bestreben, der Nichtigkeit eines letzten Willens namentlich aus formellen Gründen nach Tunlichkeit vorzubeugen, geneigt ist, unbeabsichtigte Abweichungen von der Wahrheit in der Datierung, Versehen und Irrtümer, für das Bestehen oder Nichtbestehen eines Testaments möglichst niedrig zu werten, und die Nichtigkeit eines Testaments aus diesem Grunde verneint.

In der Praxis ist seit langem die strenge Anschauung die herrschende gewesen.

Das Reichsgericht hatte bereits lange vor Inkrafttreten des BGB. sich mit der sehr ähnlichen Frage beim eigenhändigen Testament zu beschäftigen gehabt, die für den Geltungsbereich des französischen Rechts in Deutschland oftmals praktisch geworden ist.

In Anlehnung an die Grundsitze des französischen Rechts hat es bereits im 7. Bd. der Entscheidungen (S. 294) genaue und richtige Angabe des Ortes und Tages erfordert [4] und diese Ansicht auch weiterhin nach Inkrafttreten des BGB. vertreten.[5]

Freilich handelt es sich in allen diesen Fällen um die Datierung des eigenhändigen Testaments. Aber wenn für das eigenhändige Testament an so strengen Formerfordernissen für die Datierung seitens des Reichsgerichts festgehalten wird, bei dem der Wortlaut des Gesetzes, der nicht mit der Deutlichkeit des § 2241 („Tag der Verhandlung“) die Angabe des Ortes und der Zeit der Errichtung fordert, immerhin für Zweifel in dieser Beziehung Raum bietet, und ausserdem von vielen Seiten (z. B. Planck, Cosack, Weissler, Strohal) für diese Angaben im eigenhändigen Testament die juristische Konstruktion einer Willenserklärung aufgestellt wird, um so mehr muss hieraus geschlossen werden,

4. Ferner Bd. 29 S. 328; Bd. 43 S. 378; Jur. Wochenschr. 1901, S. 814 Nr. 39.

5. Bd. 51 S. 166 f.; Bd. 52 S. 282.

dass für die im Gesetz ganz ausdrücklich hervorgehobene Zeitangabe des § 2241 ebenso unbedingt die richtigen Angaben bei Strafe der Nichtigkeit des Testaments erfordert werden müssen. Irrtümern und Versehen kann dabei eine mildere Behandlung nicht zu Teil werden. Auch sie widersprechen der absolut geforderten Richtigkeit der Datierung und führen damit unweigerlich zur Nichtigkeit des Testaments.[6]

Auf den strengen Standpunkt des Reichsgerichts hat sich auch das Oberlandgericht Rostock[7] gestellt, das ein am 22. I. 1901 errichtetes und irrtümlich auf den 22. XI. 1901 datiertes Testament für nichtig erklärt hat, obschon der Umschlag des Testaments das richtige Datum trug.

Nach gelegentlichem Schwanken[8] teilt nunmehr auch das Kammergericht die Ansicht des Reichsgerichts.[9]

---

6. Neuerdings hat das Reichsgericht in einem Urteile vom 6. Dez. 1906 (Jur. Monatsschrift für Posen etc. 1907, S. 9/10) seinen schroffen Standpunkt insofern etwas gemildert und sich der im französischen Rechtsgebiet herrschenden Anschauung angenähert, die gewisse Milderungen des strengen Datierungsgebots zugelassen hat (vgl. Zachariae-Crome, a. a. O., Bd. 4 S. 279 f.), als es zwar daran festhält, dass die Angaben von Ort und Zeit beim eigenhändigen Testament nicht die rechtliche Bedeutung einer Willenserklärung sondern eines Zeugnisses haben, mithin der Wahrheit entsprechen müssen, dass aber offensichtliche Schreibfehler hinsichtlich obiger Angaben — in jenem Falle hatte die Erblasserin 1804 statt 1904 als Jahreszahl in das Testament hineingeschrieben — einen Mangel in der Form noch nicht begründen, soweit das richtige Datum aus dem Inhalt des Testaments selbst zu ergänzen ist, wobei sonstige offenkundige Tatsachen verwertet werden können (vgl. auch die ähnliche Entsch. des O. L. G. Köln im „Recht" Bd. 9 S. 166). Jedoch sind m. E. aus diesen Entscheidungen Folgerungen zu Gunsten des öffentlichen Testaments hinsichtlich von Schreibfehlern nicht zu ziehen.

7. Entsch. vom 6. VI. 1901, Rechtspr. der O. L. G. Bd. 2 S. 465.

8. Vgl. Johow-Küntzel, Bd. 24 S. A 45 f.

9. Entsch. vom 3. X. 1905, Zentralbl. Bd. 6 S. 698; R. J. A. Bd. 6 S. 173.

Neben der Praxis hat sich auch die Theorie teilweise auf denselben Boden gestellt.

Als Hauptverfechter dieser Ansicht ist Staudinger-Herzfelder hervorzuheben,[10] der bestimmte, genaue und richtige Angabe des Ortes und Tages der Verhandlung bei Vermeidung der Nichtigkeit des Testaments fordert. Des weitern wird auf seine Ausführungen hinsichtlich Datierung des eigenhändigen Testaments verwiesen,[11] in denen er hervorhebt, dass es dem Prinzipe, dass Orts- und Tagesangabe zur Form des Testaments gehören, gemässer sei, anzunehmen, dass schlechthin die Richtigkeit dieser Angaben gefordert werden muss.

Mit ihm stimmen bezüglich des eigenhändigen Testaments überein Mantey[12] mit eingehender Begründung und Salomon,[13] die grade die Richtigkeit der Datierung eigenhändiger Testamente aus der von ihnen unbedenklich angenommenen Richtigkeit der Datierung des Protokolls öffentlicher Testamente herleiten. Weitere Verfechter dieser Ansicht sind Koehne-Feist,[14] Dennler, der die Nichtigkeit des Testaments grade auch bei blossen Schreibfehlern in der Datierung annimmt,[15] Scherer,[16] Jastrow,[17] Endemann[18] und Frommhold.[19]

Ihnen gegenüber bestreiten nun zwar die Vertreter der weniger schroffen Ansicht nicht, dass es sich bei der Aufnahme der Datierung in das Protokoll um die öffentliche

---

10. S. 543 Erl. II, 1.
11. S. 533 Erl. C. Nr. 5.
12. Gruchot's Beiträge Bd. 43 S. 641 f.
13. „Die Formerfordernisse des eigenh. Testaments", Diss., S. 60 f. bes. S. 68.
14. Im Märker: „Nachlassbehandlung" S. 89.
15. a. a. O., S. 30.
16. BGB., Bd. 5 Anm. 1 zu § 2241.
17. „Formularbuch und Notariatsrecht", Bd. I Anm. 9 zu § 176.
18. „Einführung", Bd. III § 27 Note 16.
19. BGB., Bem. 2 zu § 2231.

Beurkundung eines tatsächlichen Hergangs handelt, und in diesem Falle für die Ansicht, dass die Datierung eine Willenserklärung des Erblassers darstelle, mithin kein Raum ist. Auch sie fordern also Richtigkeit der Angabe von Ort und Zeit.[20]

Nur sind sie übereinstimmend der Ansicht, dass eine irrige Angabe im Protokoll noch nicht die Nichtigkeit des Testaments zur Folge hat.[21]

Dernberg wirft dabei a. a. O. die Frage auf, ob die Forderung absoluter Richtigkeit auch Schreibfehlern gegenüber aufrecht erhalten werden könne, die aus der Testamentsverhandlung selbst berichtigt werden können. Er verneint diese Frage.[22] Schreibfehler müssen seiner Meinung nach, wenn das richtige Datum aus den Umständen der Testamentserrichtung hervorgeht, in Gedanken berichtigt werden.[23]

Es ist nicht zu leugnen, dass die Meinung der genannten Autoren etwas bestechendes für sich hat. Wird es doch dem Juristen schwer werden, Testamente, die im übrigen zu keinem Bedenken Veranlassung geben, nur wegen eines häufig ganz geringfügig erscheinenden Formfehlers für nichtig erklären und damit die Vollstreckung eines letzten Willens verhindern zu müssen. Hierauf ist am Schlusse dieser Ausführungen nochmals zurückzukommen.

Jedenfalls hat diese Ansicht in der Wissenschaft mehr Vertreter gefunden als die strenge Anschauung des Reichsgerichts. Es haben sich ihr ausser den vorgenannten Autoren noch viele andere angeschlossen. So hebt Weissler[24] her-

---

20. Vgl. Dernburg, a. a. O., S. 86 zu III, 1; Strohal, „Erbrecht", S. 98 Anm. 35; Planck-Strohal S. 645 Erl. 2.

21. Strohal vertritt für das öffentliche und eigenhändige Testament (a. a. O. S. 114/115) den Standpunkt, dass Unrichtigkeiten die Nichtigkeit nicht zu Folge haben.

22. S. 87 Anm. 9.

23. Vgl. auch Dernburg in der „Deutsch. Jur. Z." 1904 S. 6.

24. „Nachlassverfahren", S. 150 Nr. 4.

vor, dass sachliche Unrichtigkeiten einer sonst vorschriftsmässigen Beurkundung für sich allein die Urkunde nicht entkräften. Es müssten auch tatsächliche Verletzungen wesentlicher Formen hinzukommen; insbesondere seien unrichtige Angaben des Ortes und Tages der Verhandlung unschädlich, da die Form und nicht der Inhalt in Frage sei.[25] Von weiteren Vertretern dieser Ansicht seien noch genannt Oertel,[26] Wilke,[27] Träukner,[28] Böhm,[29] Rausnitz,[30] Cosack,[31] Windscheid-Kipp,[32] Hölder,[33] Meischeider[34] und Brock.[35]

Eine stattliche Reihe von Anhängern hat, wie die obige Uebersicht ergibt, sich für die mildere Meinung, dass nicht jedes Versehen in der Datierung Nichtigkeit des Testaments herbeiführe, entschieden, und wir finden unter ihnen Namen von Ruf und Bedeutung.

Trotzdem wird ihnen nicht beizupflichten sein.

Stellt man die Ansichten der beiden grossen Gruppen einander gegenüber und wägt die für jede seitens der jeweiligen Verfechter vorgebrachten Gründe gegeneinander ab, so wird man zu dem Schlusse kommen müssen, dass die mildere Ansicht zwar vom Standpunkt der Billigkeit aus vieles für sich hat. Es wäre vielleicht zweckentsprechender gewesen, wenn der Gesetzgeber nicht so strenge Formvorschriften aufgestellt hätte, als nun einmal geschehen ist.

---

25. Vgl. auch die Abhandlung in der „Zeitschr. des deutsch. Not. Ver.", 1901 S. 316.
26. „Gemeindetestament", S. 18.
27. BGB. Bd. 5 Anm. 2 zu § 2241.
28. im „Sächsischen Archiv", Bd. 7 S. 354.
29. „Erbrecht", S. 80 § 19.
30. „Reichsges. über die Angelegenh. der freieren Gerichtsbarkeit" S. 560 Note 6a.
31. Lehrbuch, Bd. 2 § 353 Nr. 1.
32. Pandekten, § 545 Nr. II.
33. In Jherings Jahrbüchern, Bd. 41 S. 303f.
34. „Die letztwillige Verfügung nach dem BGB.", S. 31|32.
35. „Das eigenh. Testament", S. 84 Anm. 2.

Jedoch muss bei der bestehenden Lage der Gesetzgebung damit gerechnet werden, dass strenge Formvorschriften gegeben sind. Diesem Standpunkt trägt das Reichsgericht und nunmehr auch das Kammergericht voll Rechnung. Die Gründe sind einfach und durchschlagend. Das Gesetz erfordert bestimmte Formvorschriften; nirgends, weder aus dem Gesetze noch aus seiner Entstehungsgeschichte, lassen sich Handhaben für eine Milderung dieser Vorschriften gewinnen, das Gegenteil ist vielmehr der Fall, das Gesetz sieht in strengen Formvorschriften eine gewisse Sicherheit für die vorzunehmende Testamentserrichtung. Jeder Verstoss gegen diese Formvorschriften macht daher unter allen Umständen das Testament nichtig, gleichviel ob Absicht oder Versehen vorliegt, und ob es sich um eine erhebliche oder unerhebliche Abweichung von der Wahrheit handelt. Dem Kammergericht[36] ist darin völlig beizupflichten, dass es eines Haltens nicht mehr gibt, sobald von zwingenden Formvorschriften auch nur das Geringste nachgelassen wird. Eine prinzipielle Grenze lässt sich dann überhaupt nicht mehr ziehen, richterliche Willkür würde an Stelle des Gesetzes treten.

Diesen klaren Gründen gegenüber beschränken sich die Vertreter der milderen Auffassung teils darauf, ihre Ansicht einfach hinzustellen, ohne sich auf eine Begründung einzulassen (z. B. Wilke, Dernbug, Oertel), oder sie machen Unterschiede zwischen sachlichen Unrichtigkeiten und tatsächlichen Verletzungen wesentlicher Formvorschriften, zwischen Form und Inhalt (z. B. Planck-Strohal, Weissler), ohne zu bedenken, dass nur die Form in Frage steht, und das Gesetz gerade für sie strenge Vorschriften gegeben hat.

Die praktische Entscheidung der vorliegenden Frage, ob ein Versehen in der Datierung das Gemeindetestament nichtig macht, dürfte nach der vom Reichs- und Kammergericht durchweg vertretenen Ansicht stets zu Ungunsten

36. Vgl. das zitierte Urteil vom 12. Okt. 1905.

der Aufrechterhaltung des Testaments ausfallen. Aber auch rein theoretische Erörterungen führen, wie oben dargetan, zu demselben Ergebnis.

5) Die Bezeichnung der mitwirkenden Personen.

§ 23.

Einen ferneren wesentlichen Bestandteil des Testamentsprotokolls bildet die Aufführung des Erblassers und der Mitwirkenden.

Erforderlich ist nach dem Gesetze (§ 2241 Nr. 2) die „Bezeichnung" dieser Personen. Es ist eine selbstverständliche Forderung des Gesetzes, dass die Persönlichkeiten des Erblassers und der Mitwirkenden jederzeit ersichtlich sein müssen.

Ursprünglich wollte der Gesetzgeber über die heute gestellte Forderung des Gesetzes hinausgehen. Im I. Entwurf zum BGB. war die Angabe des Namens der gedachten Personen erfordert worden. Bei den Kommissionsberatungen hat man jedoch von dem Erfordernis des „Namens" absehen zu müssen geglaubt und zwar aus den Erwägungen heraus, dass es nicht notwendig und bedenklich sei, als einziges Mittel zur Feststellung die Angabe des Namens zu fordern, da es im täglichen Leben aus verschiedenen Gründen (bei unehelichen Kindern, Künstlern, Hofbesitzern) nicht selten vorkomme, dass jemand einen anderen als den ihm zustehenden Familiennamen führe. Leicht könne somit der Gebrauch des unrichtigen aber gebräuchlichen Namens bei der Testamentserrichtung unterlaufen, jedoch dürfe daraus bei anderweit vorhandener Sicherheit über die Person des Erblassers und der Zeugen ein Nichtigkeitsgrund nicht abgeleitet wer-

den[1]. Man beschloss daher das Wort „Name“ zu vermeiden und dafür Bezeichnung zu sagen.

Die „Bezeichnung“ des Erblassers und der mitwirkenden Personen wird denn auch im Gesetz, wie es uns vorliegt nur gefordert. Die Aufführung der bezeichneten Personen mit dem ihnen rechtlich zustehenden Familiennamen ist daher keineswegs erforderlich. Die Absicht des Gesetzes, das vom Erfordern des Namens absieht und sich mit der Bezeichnung begnügt, geht entsprechend dem schon wiederholt hervorgehobenen Bestreben, dem Verkehr tunlichst Erleichterungen namentlich in formellen Fragen zu verschaffen, offensichtlich dahin, nur das unbedingt notwendige Mindestmass für die Feststellung der Persönlichkeiten zu erfordern, ohne das sich die Identität der im Protokoll benannten Personen mit Sicherheit nicht würde ermitteln lassen. Hierzu genügt aber die Anwendung der gebräuchlichen, wenn ihnen auch rechtlich nicht zukommenden Namen für den Erblasser wie für die mitwirkenden Personen im Protokoll. Wer das Testament errichtet, wer es aufgenommen und wer als Zeuge dem Errichtungsakte beigewohnt hat, wird sich stets aus der „Bezeichnung“ sicher ermitteln lassen.

Die hiervertretene Ansicht ist auch die durchweg herrschende.

So hält das Reichsgericht[2] die Anwendung des eigentlichen bürgerlichen Namens für kein notwendiges Erfordernis einer rechtswirksamen Unterschrift.

Wir finden die Ansicht ferner bei Staudinger-Herzfelder[3], Planck-Strohal[4], Fischer-Henle[5], Dernburg[6], Oertel[7], Dennler[8], Rausnitz[9], Josef[10], Jastrow[11] und Strohal[12].

---

1. Vgl. Protokolle der Kommission f. d. 2. Lesung, Bd. V S. 337, vgl. Motive Bd. I S. 185.
2. Bei Gruchot, Beiträge Bd. 31 S. 902.
3. S. 543 Erl. II, 2.
4. S. 645,646 Erl. 3 a und b.
5. BGB. S. 986 Anm. 3 zu § 2241.

Dieser bringt das treffende Beispiel der Benutzung des Familiennamens des Quasi-Ehemannes bei matrimonium non existens seitens der Scheinehegattin, aus dem so recht der unleidliche Zustand sich ergibt, wollte man anderer als der hier vertretenen Ansicht sein.

Ein ziemlich häufiger Fall dürfte auch der sein, dass ein nicht adoptierter Pflegesohn sich des Familiennamens seines Pflegevaters bedient. Diese Beispiele liessen sich noch um viele vermehren. Ein jedes aber würde von der Widersinnigkeit einer entgegengesetzten Ansicht Beweis geben.

Eine bestimmte Stelle im Protokoll ist für die Bezeichnung der beteiligten Personen natürlich nicht vorgeschrieben. Entsprechend den obigen Ausführungen genügt als „Bezeichnung" auch ein Hinweis auf den Gemeindevorsteher und die Zeugen ohne Namensnennung unter Bezugnahme auf die Unterschriften dieser Personen (z. B. vor den Unterzeichneten, dem Gemeindevorsteher nebst Zeugen[13]).

6) Die Stellung der Unterschriften der Mitwirkenden zu einander.

§ 24.

Den naturgemässen Abschluss des über die Testamentserrichtung aufzunehmenden Protokolls und damit des ganzen

---

6. S. 87 Nr. 2.
7. a. a. O., S. 18.
8. a. a. O., S. 31.
9. a. a. O., S. 561 Erl. 11.
10. „Ges. über die Angelegenheiten der freiw. Gerichtsbark." S. 256 Anm. 3.
11. a. a. O., S. 30 Anm. 6a Abs. 2.
12. „Erbrecht", S. 98 Anm. 36.
13. Vgl. Planck-Strohal, S. 645/646, Erl. 3a und die dort Genannten.

Errichtungsaktes bilden die Unterschriften des Erblassers und der mitwirkenden Personen (§ 2242).

Bei der Wichtigkeit der Unterschriften für das Testament ist es selbstverständlich, dass wir es wieder mit einer Vorschrift zwingender Natur zu tun haben.

Die Unterschriften müssen am Schlusse des Protokolls stehen[1]. Jedoch in welcher Reihenfolge?

Zur Klärung der Frage, in welcher räumlichen Anordnung die Unterschriften der Urkundsperson und der Zeugen zueinander zu vollziehen sind, wird auch die Frage kurz zu streifen sein, an welcher Stelle der Erblasser, der ja nach der ausdrücklichen Trennung im § 2242 nicht zu den Mitwirkenden gehört[2], zu unterschreiben hat.

Im Gesetze findet sich über die Stellung der Unterschrift des Erblassers zu den Unterschriften der Mitwirkenden und die Reihenfolge der Unterschriften dieser zueinander nichts. Im § 1919 Abs. 4 des I. Entwurfs zum BGB. war besonders ausgesprochen, dass die Mitwirkenden zum Schlusse hinter dem Erblasser zu unterschreiben hätten. Ueber die Stellung der Unterschriften der Mitwirkenden zueinander war auch hier nichts gesagt.

Hieraus muss gefolgert werden, dass das Gesetz selbst diesem Punkte keine ausschlaggebende Bedeutung beimisst. Es handelt sich um eine Frage der Zweckmässigkeit. Die Ansichten hierüber sind geteilt.

Staudinger-Herzfelder hält sie scheinbar für ganz unerheblich, da er sie in der betreffenden Erläuterung Nr. 5 S. 544 garnicht erwähnt. Planck-Strohal[3] ist der Ansicht, dass der Erblasser vor den Mitwirkenden zu unterschreiben hätte, weil die Vollziehung seiner Unterschrift in deren Gegenwart durch Unterschrift dieser zu bezeugen sei, im

---

1. Vgl. auch § 32 dieser Abhandlung.
2. Strohal, Erbrecht, S. 100 Anm. 43.
3. S. 650, Erl. 4a.

übrigen hält er die Reihenfolge der Unterschriften für unerheblich[4].

In den amtlichen preussischen Formularen, die der ministeriellen Anweisung vom 23. Juni 1900[5] und 7. April 1904[6] beigefügt sind, sind die Namen der Urkundspersonen und der Zeugen nebeneinander in einer Reihe angeordnet.[7]

Vergleichsweise seien endlich die Entscheidungen des Kammergerichts vom 5. April 1906[8] und des Oberlandesgerichts Colmar vom 16. Februar 1905[9] herangezogen, in denen es sich beide Male um die Stellung der Namensunterschrift des Erblassers im Protokoll handelt.

Das Kammergericht hat ein Testament für gültig erklärt, das unterschrieben war:

Zeuge C, Erblasser A,
Zeuge D, Urk.-Person B,

und das OLG. Colmar war derselben Ansicht hinsichtlich eines Testaments, in dem der Erblasser hinter den Mitwirkenden zuletzt unterschrieben hatte[10]. Beide Urteile nötigen zu dem Schlusse, dass, wenn bei der bestritteneren und wichtigeren Frage nach der Stellung der Unterschrift des Erblassers zu der der Mitwirkenden die tatsächliche Anordnung dieser keinerlei Einfluss auf die Gültigkeit des Testaments hat, die Anordnung der Unterschriften der Mitwirkenden zueinander erst recht unwesentlich ist.

---

4. Vgl. Kuhlenbeck, BGB., Bd. III S. 294 Anm. 4 zu § 2242; Albanus „Das Nottestament" etc. S. 9 u. 13.

5. J. M. Bl. 1900, Beil. Nr. 32.

6. J. M. Bl. 1904, S. 90/91.

7. Vgl. Marcus, „die Anweisung" etc. S. 31.

8. In den Entscheidungen R. J. A. Bd. 7 S. 181 auch abgedruckt im „Recht" 1906, S. 1402.

9. Zentralbl. Bd. 5 S. 727 auch im „Recht" 1905 S. 135 Nr. 601

10. A. M. Planck-Strohal (vgl. oben); Cordes in der „Deutsch. Jur. Zeit." 1906 S. 476; Windscheid-Kipp S. 233 Anm. 2c.

Die grösste Mannigfaltigkeit in der Anordnung der Unterschriften der Mitwirkenden haben die angeführten Beispiele gezeigt. Die Meinungsverschiedenheiten bezogen sich aber nur auf die Zweckmässigkeit der Anordnungen, die Gültigkeit des Testaments wird keinerseits aus dieser oder jener Anordnung bezweifelt. In der Tat wäre es kleinlich und wider den Geist des Gesetzes gehandelt, wenn künstlich eine Anordnung der Unterschriften der Mitwirkenden (und auch des Erblassers) konstruiert würde, die im Gesetze selbst keinerlei Anhalt hat und deren Zweck nicht einzusehen wäre.

Zweckmässig und praktisch ist es allerdings, wenn die Urkundsperson zuletzt nach Vollziehung des Protokolls durch den Erblasser und die Zeugen unterschreibt, damit der Abschluss des Errichtungsaktes deutlich in die Erscheinung tritt[11].

11. Vgl. Rausnitz, a. a. O., S. 571 Anm. 7b Abs. 2.

III. Teil. (Anhang.)

Anhang.

Kann eine als Protokollanlage zum Gemeindetestament überreichte Schrift ein eigenhändiges Testament darstellen?

A) Das Verhältnis vom öffentlichen zum eigenhändigen Testament.

1) Kann Konversion vorliegen?

§ 25.

Wenngleich das Testament nie ganz von Formerfordernissen befreit werden kann[1], so ist doch nicht zu verkennen, dass mit jeder zwingenden Formvorschrift die Gefahr steigt, wegen Nichterfüllung der Form das Testament der Nichtigkeit anheimfallen lassen zu müssen.

Nun geht aber, wie schon wiederholt hervorgehoben ist, das Bestreben des Gesetzes gerade dahin, möglichst dem im Testament niedergelegten Willen des Erblassers trotz formeller Mängel Geltung zu verschaffen.

Bei den wenigen, aber deshalb ganz besonders wichtigen Formvorschriften des eigenhändigen Testaments wird beim Fehlen eines wesentlichen Formerfordernisses das Testament wohl ausnahmslos nichtig sein.

Wie aber liegt der Fall beim Testament, das in ordentlicher oder ausserordentlicher öffentlicher Form errichtet ist?

---

1. Vgl. § 1 dieser Abhandlung.

Zwischen den beiden Möglichkeiten dieser Errichtungsformen (§ 2238) muss dabei ein Unterschied gemacht werden.

Wenn das Testament mündlich zu Protokoll des Gemeindevorstehers, Richters oder Notars erklärt ist, so werden sich bei wesentlichen Formfehlern wohl ebenfalls schwerlich Möglichkeiten der Aufrechterhaltung des letzten Willens bieten.

Abweichend hiervon könnte sich die Frage jedoch gestalten, wenn der — natürlich volljährige (§ 2238 Abs. 2) — Testator die zweite Form der öffentlichen Testamentserrichtung wählt und eine Schrift als letzten Willen überreicht.

Kann dann im Falle der Ungültigkeit des öffentlichen Testaments die überreichte Schrift, sofern sie überhaupt den Erfordernissen des eigenhändigen Testaments genügt, als eigenhändiges Testament gelten, und der Willen des Erblassers trotz Nichtigkeit der gewählten öffentlichen Errichtungsform dennoch zur Ausführung kommen?

In wie hohem Masse das BGB. von dem Bestreben geleitet wird, Rechtsgeschäfte nach Möglichkeit aufrecht zu erhalten, zeigt § 140 BGB., der die sogenannte Konversion zum Gegenstande hat.

Er besagt: „Entspricht ein nichtiges Rechtsgeschäft den Erfordernissen eines anderen Rechtsgeschäfts, so gilt das letztere, wenn anzunehmen ist, dass dessen Geltung bei Kenntnis der Nichtigkeit gewollt sein würde."

Staudinger-Herzfelder bemerkt hierzu[2], dass über die Aufrechterhaltung des Rechtsgeschäfts der nicht nur auf ökonomische[3], sondern auf Erfolge aller Art gerichtete Wille der Parteien entscheidet, und dass die Aufrechterhaltung um so eher als im Sinne der Parteien liegend anzusehen ist,

---

2. Vgl. auch Planck, Dernburg, Fischer-Henle zum benannten Paragraphen.

3. Protokolle II S. 127.

je gleichartiger Zweck und Erfolg der beiden Rechtsgeschäfte ist, und hebt unter den Beispielen den Fall des Erbvertrages hervor, der bei Ungültigkeit als solcher als Testament aufrecht erhalten werden kann, wenn es der Inhalt zulässt.

Das war bereits unter der Herschaft des ALR. Rechtens[4] und gilt auch heute unter dem BGB.[5] [6]. Scherer[7] zieht nun hieraus den Schluss, dass ein geheimes oder mystisches Testament, wie er eine nach § 2238 als Testament zu Protokoll überreichte Schrift nennt, als solches nichtig sein kann, dass es aber trotzdem als eigenhändiges aufrecht erhalten werden muss, wenn es den Förmlichkeiten des eigenhändigen Testaments entspricht und bezeichnet diese Aufrechterhaltung des öffentlichen als eigenhändiges Testament als „Konversion".

Wenn er auch mit seiner ersten Folgerung Recht haben dürfte, wie nachstehend ausgeführt werden soll, so kann ihm doch darin nicht beigepflichtet werden, dass in dieser Umwandlung eines öffentlichen in ein eigenhändiges Testament eine Konversion im Sinne des § 140 erblickt werden kann und zwar schon allein aus dem Grunde nicht, weil es sich bei der Umwandlung vom einen zum andern Testament nicht um die Umwandlung eines Rechtsgeschäft in ein anderes handelt. Nur davon ist im § 140 die Rede. Hier handelt es sich aber um dasselbe Rechtsgeschäft, die Testamentserrichtung, und nur um zwei verschiedene Formen desselben Rechtsgeschäfts.

---

4. Vgl. das Urteil des Reichsgerichts vom 4. Mai 1891 Bd. 28 S. 217 (bes. S. 220).

5. Vgl. hierzu die Entsch. des Kammergerichts vom 5. Okt. 1905 in den Entsch. d. R. J. A. Bd. 6 S. 169, auch abgedruckt im Zentralblatt Bd. 6 S. 695.

6. Vgl. hierzu ferner Böhme S. 239 zu VI und für das preussische Recht das Reichsgerichtsurteil vom 30. Sept. 1890 Bd. 26 S. 202, in dem ein wegen Formmangels nichtiges schriftliches Testament als mündliches aufrechterhalten wird.

7. Erbrecht, S. 315 Nr. 7 zu Erl. 364.

Auch sonst hat in der Literatur die Scherer'sche Ansicht scheinbar keinen Anklang gefunden, denn nirgends wird die in Frage stehende Umwandlung, trotzdem sie häufig erörtert wird, als Konversion bezeichnet und auf § 140 Bezug genommen.

Zugegeben werden soll jedoch, dass es sich bei der vorliegenden Umwandlung um der Konversion analoge Rechtsvorgänge handelt.

2. Kann überhaupt ein öffentliches Testament als eigenhändiges aufrecht erhalten werden?

§ 26.

In der Richtung herrscht keinerlei Meinungsverschiedenheit in der Literatur, dass das Verhältnis der öffentlichen Testamentsformen zur eigenhändigen Form sich sehr wohl so gestalten kann, dass ein ungültiges öffentliches Testament als eigenhändiges aufrechterhalten werden kann.

Voraussetzung dabei ist, dass es den formellen Erfordernissen eines eigenhändigen Testaments und dem mutmasslichem Willen des Erblassers entspricht, worauf an anderer Stelle zurückzukommen ist.

Cosack[1] führt hierzu treffend aus, dass, wenn der Erblasser das Testament schriftlich-mündlich oder rein schriftlich errichtet und dabei die Vorsicht beobachtet hat, das von ihm dem Gerichte übergebene Schriftstück mit Angabe von Ort und Zeit zu versehen und eigenhändig zu schreiben und zu unterschreiben, so könne, wenn eine der Formenvorschriften verletzt sei, die für die Testamentserrichtung vor Gericht oder Notar wesentlich sind, das Testament trotzdem als zeugenloses Privattestament gültig sein. Denn es sei

1. Lehrbuch des BGB., Bd. II S. 690 Nr. III.

im Zweifel nicht anzunehmen, dass der Erblasser jenes Schriftstück lediglich als Entwurf betrachtet habe, der erst mit der Testamentserrichtung vor Richter oder Notar wirksam werden sollte. Vielmehr dürfte seine wahre Meinung gewesen sein, das schon als Privaturkunde gültige Testament durch die Formen der Testamentserrichtung vor Richter oder Notar gegen die Gefahren des Bestreitens oder der Fälschung zu sichern.

Mit ihm stimmen völlig überein Dernburg[2], Jastrow[3], Planck-Strohal[4] und Strohal[5].

Dieser Ansicht ist beizutreten. Es kann also ein öffentliches Testament, somit auch ein Gemeindetestament, unter Umständen als eigenhändiges aufrecht erhalten werden.

Ob jedoch unter allen Umständen, ist eine andere Frage.

Drei Fälle sind denkbar, in denen die Frage der Aufrechterhaltung des öffentlichen als eigenhändigen Testaments auftauchen kann.

a) Im Falle des Todes des Erblassers.

§ 27

Der einfachste und regelmässigste Fall ist der, dass der Erblasser stirbt, und das Testament nach seinem Tode eröffnet wird, wobei sich wesentliche Formmängel des öffentlichen Testaments herausstellen. Auf diesen Regelfall treffen die obigen Ausführungen voll zu. Es bedarf daher für ihn keiner besonderen Erörterungen.

b) Im Falle der Rückgabe des Testaments an den Erblasser.

§ 28

Erhebliche Meinungsverschiedenheiten herrschen jedoch

---

2. Bd. 5 S. 77 § 30 Nr. V.
3. I. Teil § 168 Anm. 11.
4. S. 631 Erl. 2.
5. „Erbrecht", S. 317 zu d. Abs. 2 sowie Anm. 18.

über den zweiten Fall, nämlich darüber, ob die Rückverwandlung eines öffentlichen Testaments in ein eigenhändiges auch dann vor sich geht, wenn ein dem Erfordern des eigenhändigen Testaments entsprechendes Schriftstück gemäss § 2238 solennisiert und alsbald wieder aus der amtlichen Verwahrung zurückgenommen wird.

Gemäss § 2256 Abs 1, der besagt: „Ein vor einem Richter oder vor einem Notar oder nach § 2249 errichtetes Testament gilt als widerrufen, wenn die in amtliche Verwahrung genommene Urkunde dem Erblasser zurückgegeben wird", ist an sich an die Rücknahme der Widerruf geknüpft. Dernburg[1] spricht sich denn auch wegen der strikten Forderung des Gesetzes, die keine Unterscheidung macht, für die Ungültigkeit auch des eigenhändigen Testaments aus.

Im Ergebnis stimmen mit ihm Cosack[2] und Planck-Strohal[3] überein, die bei Rückgabe des Testaments ebenfalls von einem Wiederaufleben des eigenhändigen Testaments nichts wissen wollen, jedoch aus dem Grunde, weil sich das eigenhändige Testament, das in öffentlicher Form solennisiert worden ist, sich mit diesem Akte in ein öffentliches Testament „verwandelt" hätte und nicht die Eigenschaften des öffentlichen und eigenhändigen Testaments gleichzeitig in sich vereinigen könne[4].

Strohal [5] dagegen will bei Rückgabe des Testaments dieses nur den Charakter als öffentliches Testament verlieren, es aber als eigenhändiges fortbestehen lassen. Mit Dernburg kämpft er dagegen an, dass ein Testament nicht gleichzeitig den Charakter als öffentliches und eigenhändiges in sich vereinen könne, da diese Annahme weder im Gesetze eine Stütze hätte noch der Natur der Sache ent-

1. a. a. O., S. 78.
2. S. 695 § 358[9].
3. S. 673 Erl. 5.
4. Vgl. auch Küntzel bei Gruchot Bd. 41 S. 601f; Böhm, S. 201 Anm. 1.
5. S. 317/318.

spreche. Entscheidend bleibe der Wille des Erblassers, und für die Entscheidung dieser Frage sei es gleich, ob ein Fehler bei der Solennisierung begangen sei oder nicht[6].

Diese Beweisführung ist jedoch nicht überzeugend gegenüber dem ausdrücklichen Erfordern des Gesetzes im § 2256, wo nun einmal der Satz aufgestellt ist, dass mit der Rückgabe alle Testamente der dort genannten Art ohne Unterschied als widerrufen gelten. Ich stimme mit Dernburg dahin überein, dass mit der Rückgabe ein völliger Widerruf des Testaments, also auch in seiner ihm etwa innewohnenden Eigenschaft als eigenhändiges Testament vollzogen ist.

c) Im Falle des Erlöschens nach 3 Monaten (§ 2252).

§ 29.

In obiger Stellungnahme zur Frage zu b) ist gleichzeitig die zur Frage zu c) gegeben.

Nach § 2252 gilt ein nach § 2249 errichtetes Testament als nicht errichtet, wenn seit der Errichtung drei Monate verstrichen sind und der Erblasser noch lebt.

Auch hier stellt das Gesetz ganz bestimmte Normen auf, ohne auf Unterscheidungen einzugehen. Jedes Gemeindetestament gilt als nicht errichtet, wenn der Erblasser nach drei Monaten noch lebt (natürlich mit der Massgabe des Absatzes 2 a. a. O) gleichviel, welche Errichtungsform gewählt worden ist. Damit kann auch das Schriftstück, das der Testamentserrichtung zu Grunde lag, für sich allein weiter keine Wirkungen beanspruchen.

Mit diesen Entscheidungen der Fragen zu b) und c) ist

6. Vgl. auch Hellmann in der „Kritischen Vierteljahresschrift" Bd. 39 S. 223, der zwei Testamentserrichtungsakte nebeneinander annimmt und den einen durch den andern nicht als aufgehoben erachtet.

natürlich nicht gesagt, dass der Erblasser nun nicht etwa das bei der Testamentserrichtung übergebene Schriftstück zu einem eigenhändigen Testament nicht wieder verwenden dürfe. Er muss nur, zum mindesten durch eine neue Datierung, seinen Willen darauf zum Ausdruck bringen, dass dieses Schriftstück fortan als eigenhändiges Testament gelten solle.

3) Der Einfluss des Willens des Erblassers auf die Aufrechterhaltung des Testaments.

a) Im allgemeinen.

§ 30.

Die Grundbedingung aber dafür, ob unter Umständen ein öffentliches Testament als eigenhändiges aufrechterhalten werden kann, bildet, abgesehen von den Formerfordernissen, der auf den endgiltigen Erfolg gerichtete Wille des Erblassers. Hat der Erblasser bei der Testamentserrichtung nur einen Testamentsentwurf oder bereits ein Testament überreichen wollen? Das ist der Kernpunkt der ganzen Frage.

Planck-Strohal[1] ist der Ansicht, dass der Erblasser in der Regel schon bei Anfertigung der Schrift den Willen gehabt haben wird, ein Testament und nicht einen Entwurf zu errichten. Ihm stimmen Cosack und Staudinger-Herzfelder für den ähnlich liegenden Fall des § 140 zu. Die Ausführungen dieser beiden Autoren sind bereits oben dargelegt worden; es wird deshalb hier darauf verwiesen.

Ich stimme mit ihnen voll dahin überein, dass die Aufrechterhaltung eines Rechtsgeschäfts um so eher im Sinne der Parteien liegt, je mehr sich Zweck und Erfolg decken.

---

1. S. 632, Erl. III, 2.

Zweck und Erfolg können sich aber garnicht besser decken als bei einem Testamente, das zwar in öffentlicher Form anhaftender Mängel wegen nichtig ist, jedoch in Form des eigenhändigen Testaments aufrechterhalten werden kann.

Ob im übrigen die Aufrechterhaltung geboten und möglich ist, hängt von den jeweils herrschenden Umständen des einzelnen Falls ab und ist dementsprechend zu prüfen. Unerheblich ist es dabei, ob der Wille des Erblassers zur Aufrechterhaltung auch ausdrücklich ausgesprochen ist, was wohl nur in den seltesten Fällen vorkommen wird. Es sind alle bei der Testamentserrichtung obwaltenden Umstände heranzuziehen, um den Willen des Erblassers klarzustellen, ob die übergebene Schrift bereits ein Testament oder nur einen Entwurf darstellen sollte.

b) Im Falle einer irrigen Erklärung des Erblassers.

§ 31.

Sehr leicht denkbar ist nun der Fall, dass ein Erblasser aus Unkenntnis der Gesetze Erklärungen über die Form seiner Testamentserrichtung abgibt, die der tatsächlichen Lage der Gesetzgebung nicht entsprechen, etwa derart, dass er erklärt, es gebe nur behördliche Testamente, deshalb soll sein Testament ein behördliches sein.

Kann in einem solchen Falle eine vom Erblasser zu Protokoll überreichte Schrift trotzdem als eigenhändiges Testament angesehen werden, und ist die Annahme möglich, dass der Erblasser bei Abfassung der Schrift sein Testament und nicht nur einen Entwurf abfassen wollte?

Die Frage wird sich in allen den Fällen einfach gestalten, wo sich aus der Erklärung des Erblassers erkennen lässt, dass ihm die Gesetzesbestimmungen nicht unbekannt gewesen sind, dass er aber trotzdem nur ein behördliches Testament errichten wollte. Hier kann in dem Schriftstück

nur ein Entwurf gesehen werden, der durch den Solennisierungsakt erst zum Testament erhoben werden sollte.

Anders aber muss die Sachlage beurteilt werden, sobald aus seinen Erklärungen sich ein Irrtum herauslesen lässt. Es ist zu prüfen, welchen Einfluss solche irrtümliche Erklärung auf die Frage hat, ob ein Testament oder nur ein Entwurf in dem Schriftstück enthalten sein soll.

Der Erblasser hat in einem solchen Falle zweifellos die Absicht gehabt, in unbedingt gültiger Weise testieren zu wollen. Sein Wille war auf den Testamentserfolg gerichtet. Würden entgegenstehende Umstände gänzlich mangeln, so müsste nach den oben dargelegten Grundsätzen angenommen werden, dass die überreichte Schrift bereits ein Testament darstellen sollte. Doch auch eine offensichtlich irrige Erklärung bildet kein Hindernis für diese Annahme. Denn wenn der Erblasser aus der irrigen Meinung heraus, dass es ein eigenhändiges Testament garnicht gebe, eine entsprechende irrige Erklärung abgibt und das überreichte Schriftstück solennisieren lässt, so besagt das nichts gegenüber dem Umstande, dass er tatsächlich einen als eigenhändiges Testament giltigen letzten Willen errichtet hat, sobald nur sein Wille darauf gerichtet war, in dem Schriftstück sein Testament zum Ausdruck zu bringen.

Unkenntnis mit den gesetzlichen Bestimmungen über die Testamentsformen und daraus entspringende irrige Erklärungen hierüber sind somit für die Aufrechterhaltung des öffentlichen als eigenhändigen Testaments unschädlich.[1]

1. Vgl. Scherer, a. a. O. S. 315.

B) Die Erfordernisse des eigenhändigen Testaments (Fehlen der Unterschrift.)

1) Die Stellung der Unterschrift.

§ 32.

Unter den oben dargetanen Voraussetzungen kann an sich ein öffentliches und als solches nichtiges Testament als eigenhändiges aufrecht erhalten werden, naturgemäss aber nur dann, wenn die Formen des eigenhändigen Testaments gewahrt sind.

Das eigenhändige Testament erfordert in dieser Hinsicht eine unter Angabe von Ort und Tag eigenhändig geschriebene und unterschriebene Erklärung des Erblassers (§ 2231 Nr. 2).

Ist das Schriftstück also nicht eigenhändig vom Erblasser geschrieben, oder ist es zwar von ihm geschrieben, aber nicht mit Angabe von Ort und Datum versehen (— das zu Protokoll überreichte Schriftstück kann ja, wie hervorgehoben, in allen diesen Formen verfasst sein [§ 2238 Abs. 1 Satz 3 und 4] —), so kann niemals an eine Aufrechterhaltung des Testaments gedacht werden.

Da auch die eigenhändige Unterschrift mit zu den ausdrücklichen Erfordernissen dieser Testamentsform gehört und der Natur der Sache nach gehören muss, so würde ihr Fehlen an sich unbedingt die Nichtigkeit des Testaments zur Folge haben.

Es kann jedoch fraglich sein, an welcher Stelle der Urkunde die Unterschrift zu stehen hat, um das Testament gültig zu machen, und ob als Unterschrift für das eigenhändige Testament nicht auch Namensunterschriften des Erblassers zu gelten haben, die zwar nicht unmittelbar auf der Testamentsurkunde, aber doch räumlich mit ihr im Zusammenhang stehen.

Das Gesetz sagt über die Stellung der Unterschrift und

ihren räumlichen Zusammenhang mit der durch sie abgeschlossenen Urkunde nichts.

Wie das Wort „Unterschrift" aber seinem Begriffe nach schon besagt, muss sie der Erklärung räumlich nachfolgen und äusserlich die ganze Erklärung decken.[1]

Einen sehr schroffen Standpunkt vertrat das Kammergericht, das durch eine Unterschrift nur das räumlich über ihr, nicht aber das neben und unter ihr stehende als gedeckt ansehen wollte.[2] Diese Ansicht ist entschieden als zu formalistisch abzulehnen.[3] In einer anderen Entscheidung[4] hat dasselbe Gericht denn auch den tatsächlichen Verhältnissen des Lebens besser Rechnung getragen und ein auf mehreren unzusammenhängenden Blättern geschriebenes und nur am Schlusse des letzten Blattes unterschriebenes Testament für gültig erklärt.[5]

Einen weit freieren Standpunkt hat die französische Rechtsprechung angenommen und sogar eine Unterschrift auf dem Testamentsrande für gültig erklärt,[6] ebenso eine Unterschrift, die ausserhalb der Urkunde auf dem sie einschliessenden Umschlag angebracht war, weil sie mit dem Testament ein untrennbares Ganze bilde.[7]

---

1. Vgl. auch: Motive Bd. I S. 185; Planck-Strohal S. 624 Erl. 3c; Staudinger-Herzfelder S. 531 zu B.; Brock, a. a. O., S. 80/81; RG. Bd. 36 S. 243, Bd. 57 S. 67; Förster-Eccius, Pr. Privatrecht, Teil 1, Anm. 19 zu § 40; Dernburg, Pr. Privatrecht, Teil 1, Anm. 2 zu § 97.

2. Entscheidung vom 4. Juni 1903 in der „Rechtspr. d. O. L. G." Bd. 7 S. 363, auch abgedr. im Zentralbl. Bd. IV S. 224.

3. Vgl. Dernburg in der „D. Jur. Z." Bd. 9 S. 4f und Staudinger-Herzfelder a. a. O.

4. Entsch. vom 12. Januar 1905 bei Johow Bd. 29 S. A 65, auch abgedr. in „Entsch. des R. J. A. Bd. 5 S. 163 und Zentralbl. Bd. VI S. 80.

5. Vgl. auch Entsch. des bayr. O. L. G. in der „Rechtspr. d. O. L. G." Bd. 9 S. 417.

6. Puchelts Zeitschrift 1902 S. 563 und Bd. 32 S. 499; a. M. Brock, a. a. O., S. 80.

7. Puchelts Zeitschrift 1902, S. 686.

Nicht ganz soweit ist das Reichsgericht gegangen.[8] In diesem Falle war ein nicht unterschriebenes Schriftstück in einem Umschlage verschlossen mit der Aufschrift: „Voilà mon testament; on l'ouvrira, quand je serai mort" und der Namensunterschrift. Die Gültigkeit des Testaments wurde verneint, weil der Vermerk auf dem Briefumschlage selbständige Bedeutung habe und nur allein durch die Unterschrift gedeckt werde. Das OLG. Colmar hat des weiteren jedoch zugegeben, dass unter Umständen auch eine auf einem Briefumschlag stehende Unterschrift als diejenige des darin befindlichen Testaments angesehen werden könne, sofern der Inhalt der verschiedenen Schriftstücke derartig zusammenhinge, dass sie eine einheitliche Willenserklärung darstellten und deshalb eine einzige untrennbare Urkunde bildeten.

Die Frage, ob eine Unterschrift eine Erklärung deckt, ist somit Tatfrage. Es kommt darauf an, dass ein derartiger räumlicher und sinngemässer Zusammenhang zwischen den beiden Schriftstücken besteht, dass die Einheitlichkeit der ganzen Urkunde klar erkennbar ist.

2) Ergänzung der Unterschrift aus dem Protokoll.

§ 33.

Die nach § 2238 zu Protokoll überreichte Schrift braucht an sich nicht vom Erblasser unterschrieben zu sein. Es fragt sich aber, ob ein solches Schriftstück bei Nichtigkeit des öffentlichen Testaments nicht doch als eigenhändiges Testament betrachtet werden kann, indem die Unterschrift aus dem Protokolle ergänzt wird. Das Protokoll und die über-

8. Urteil vom 18. Mai 1905, R. G. Bd. 61 S. 7 und „Jur. Wochenschr." 1905, S. 397, vgl. auch Entsch. des O. L. G. Colmar in der „Rechtspr. d. O. L. G." Bd. 10 S. 306 und „Recht" Bd. 9 S. 226.

gebene Schrift müssten, entsprechend den vorstehenden Ausführungen in einem so engen Verhältnis zu einander stehen, dass sie gleichsam nur eine einzige Urkunde darstellten.

Nach § 2246 ist die bei der Testamentserrichtung überreichte Schrift eine Anlage zum Protokoll: „Das über die Errichtung des Testaments aufgenommene Protokoll soll nebst den Anlagen, insbesondere im Falle der Errichtung durch Uebergabe einer Schrift nebst dieser Schrift . . . verschlossen werden" etc.

Soll damit gesagt sein, dass sie mit dem Protokolle zusammen ein einheitliches Ganzes darstellt und für sich allein nur als Teil des Protokolls zu gelten hat?[1]

Im BGB. findet sich hierüber nichts. Dagegen besagt § 176 Abs. 2 des Reichsgesetzes über die Angelegenheiten der freiwilligen Gerichtsbarkeit: „Wird in der Erklärung auf eine Schrift Bezug genommen und diese dem Protokoll als Anlage beigefügt, so bildet sie einen Teil des Protokolls."

Wäre diese Vorschrift auch auf die bei der Testamentserrichtung überreichte Schrift anwendbar, so würde allerdings angenommen werden müssen, dass das Protokoll und die überreichte Schrift Teile eines grossen Ganzen bilden.

Dem ist aber nicht so. Der § 176 Abs. 2 a. a. O. ist auf Testamentserrichtungen nicht anwendbar, denn die Vorschriften jenes Gesetzes gelten nach § 168 daselbst für Testamentserrichtungen nur soweit, als diese Materie im BGB. selbst nicht erschöpfend geordnet ist. Das ist vorliegend nicht der Fall.[2] Zwischen einer Protokollanlage im Sinne des § 176 Abs. 2 des Gesetzes über die freiwillige Gerichtsbarkeit und der als Testament zu Protokoll überreichten Schrift bestehen ausserdem tiefgreifende Unterschiede. Während nämlich die Anlage nach § 176 Abs. 2 als Teil des ganzen Protokolls vom Urkundsbeamten ge-

1. Vgl. Motive, Bd. V S. 293.
2. Vgl. Planck-Strohal S. 631 Erl. 1; Weissler, a. a. O., S. 161.

prüft, über ihren Inhalt mit den Beteiligten von ihm verhandelt und sie schliesslich mit dem ganzen Protokoll vorgelesen und genehmigt werden muss,[3] braucht über die als Testament zu Protokoll übergebene Schrift weder von der Urkundsperson mit dem Erblasser verhandelt zu werden, noch bedarf sie der Verlesung.[4] Diese in der Natur der letztwilligen Verfügung liegenden Unterschiede scheiden die Testamentsanlage scharf von der Protokollanlage des § 176 Abs. 2. Sie kann daher auch keinen Teil des Protokolls im Sinne dieses Paragraphen bilden.[5]

Mit Staudinger-Herzfelder stimmte ich dahin überein, dass die Schrift nur eine Ergänzung des Protokolls darstellt. Ist die Schrift aber nicht einmal ein Teil des Protokolls, dann bildet sie mit ihm auch nicht eine einheitliche Urkunde in dem Sinne, dass die Namensunterschrift des Erblassers im Protokoll auch als Unterschrift auf das überreichte Schriftstück bezogen werden kann.

Aber selbst wenn man die hier vertretene Ansicht hinsichtlich der Ergänzung der übergebenen Schrift aus dem Protokoll nicht teilen sollte, würde sich ein anderes Resultat nicht ergeben.

Wollte man die übergebene Schrift als ein Teil des Protokolls ansehen, so stellten beide eine als einheitliche Erklärung aufzufassende Testamentsurkunde dar.

Diese Testamentsurkunde litte aber an dem Mangel, dass in ihr sich Teile befinden würden, die von anderer Hand als der des Erblassers geschrieben sind, nämlich das gesamte Protokoll mit Ausnahme der Unterschrift des Erblassers.

---

3. Vgl. Rausnitz, a. a. O., S. 562/563 Erl. 15 und 16.

4. Vgl. die Entscheidungen in der „Rechtspr. d. O. L. G." Bd. 3 S. 75 und 314; Planck-Strohal, S. 639 Erl. 3a; Weissler, a. a. O., S. 149.

5. Vgl. Planck-Strohal, S. 647 Erl. 4b; Staudinger-Herzfelder S. 542, Erl. I Abs. 4; Entscheidung des Kammergerichts in der „Rechtspr. d. O. L. G." 1901, S. 312 f.

Welchen Einfluss haben diese mit Wissen und Willen des Erblassers erfolgten Zusätze von fremder Hand auf das Bestehen eines eigenhändigen Testaments?

Auch hier treffen wir wieder auf zwei gänzlich von einander abweichende Anschauungen, eine strengere, die jede Einschaltung von fremder Hand als Nichtigkeitsgrund für das eigenhändige Testament ansieht. Ihre Verfechter sind dieselben, die auch für die unbedingt richtige Datierung des eigenhändigen Testaments eintreten, so Staudinger-Herzfelder,[6] Endemann[7] und Brock.[8] Ihnen gegenüber hat das Reichsgericht[9] sich in Uebereinstimmung mit Cosack,[10] Planck-Strohal,[11] Dernburg[12] und Strohal[13] dahin entschieden, dass das von fremder Hand Geschriebener nichtig ist. Bezüglich des vom Erblasser Geschriebenen ist nach Lage des Falles zu entscheiden, ob seine Verfügungen nach Fortfall des von fremder Hand Geschriebenen für sich allein bestehen können.

Im vorliegenden Falle würde nun das ganze Protokoll mit Ausnahme der Unterschrift des Erblassers in Fortfall kommen, der Fall sich also so gestalten, dass auf einem Blatte nur der Namen des Erblassers, auf einem anderen die Schrift mit dem letzten Willen stände. In einem solchen Falle kann aber die genannte Reichsgerichtsentscheidung, vorausgesetzt, dass man ihr beipflichtet, was ich tun möchte, nicht dahin ausgelegt werden, dass nach Fortfall des Protokollinhalts die Unterschrift des Erblassers unter dem Protokolle, die doch nur zu dessen Abschluss dorthin gesetzt

---

6. a. a. O., S. 530 Erl. A, 2.
7. a. a. O., Bd. III S. 18 § 27 Nr. 2a.
8. a. a. O., S. 75/76.
9. Entsch. vom 5. III. 1903 in der „Jur. Wochenschr." S. 229.
10. a. a. O., Bd. II § 353 I, 2.
11. S. 622 Erl. II, 2b.
12. a. a. O., § 29 II, 2c.
13. a. a. O., § 21a zu II, 4b und c.

war, nun plötzlich nur wegen der angeblichen Einheitlichkeit der Urkunde auch als Unterschrift der Testamentsschrift zu gelten hat. Das wäre eine geradezu gewaltsame und durch nichts gerechtfertigte Folgerung aus obiger Entscheidung. Ein räumlicher und innerer Zusammenhang zwischen der Protokollunterschrift und dem übergebenen Schriftstück kann unter solchen Umständen schlechterdings nicht angenommen werden.

Somit ist die Ergänzung der Unterschrift aus dem Protokoll nicht möglich. In Ermanglung der Unterschrift kann das übergebene Schriftstück ein eigenhändiges Testament nicht darstellen.